

DE LA COMPÉTENCE
DISCRÉTIONNAIRE
DU GOUVERNEMENT
DANS
L'APPLICATION DES LOIS
ET DES JUGEMENTS

(sous le régime des lois constitutionnelles de 1875)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 13 Juin 1942, à 14 heures

PAR

Jean CHATELAIN

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. SCHELLE, Professeur

Suffragants : MM. SIBERT, Professeur
LAFERRIÈRE, Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR

289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1942

DE LA COMPÉTENCE
DISCRÉTIONNAIRE
DU GOUVERNEMENT
DANS
L'APPLICATION DES LOIS
ET DES JUGEMENTS

(sous le régime des lois constitutionnelles de 1875)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 13 Juin 1942, à 14 heures

PAR

Jean CHATELAIN

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. SCELLE, Professeur

Suffragants : MM. SIBERT, Professeur

LAFERRIÈRE, Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR

289, RUE SAINT-JACQUES, 289

—
1942

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

Le principe de la séparation des pouvoirs, tel qu'il a été posé par Montesquieu, est essentiellement négatif. Il enjoint, dans le but d'assurer la sécurité et la liberté politique des individus, de ne pas réunir dans une même main tous les attributs de la souveraineté. Pour atteindre ce but, la doctrine classique, suivant Montesquieu, propose (1) leur division en trois pouvoirs : le législatif, l'exécutif, le judiciaire.

Mais, une fois posé le principe de cette séparation, il importe, et c'est ici le côté positif du problème, de poser les règles qui régiront les rapports entre ces trois pouvoirs. L'on sait comment, sous l'influence de facteurs divers : désir de systématiser logiquement la conception de Montesquieu, toute de pragmatisme constitutionnel ; exemple de la constitution américaine de 1787, cette doctrine de la séparation des pouvoirs a évolué. Kant (2) aboutit ainsi à la conception de trois pouvoirs égaux et indépendants, chacun apparaissant comme une fraction nécessaire de la Souveraineté, et possédant une personnalité propre. Chacun de ces pouvoirs est exercé par un organe distinct, ainsi investi d'un élément de souveraineté. Il en résulte une indépendance complète des trois organes, aucun d'entre eux ne pouvant

(1) « Esprit des Loix ». Livre XI, chapitres IV et VI.

(2) Kant : « La doctrine du droit », 1796, traduction Barni, p. 168 et 169, cité par Duguit.

s'immiscer dans le domaine réservé aux autres, ni admettre en quoi que ce soit leur ingérence dans son propre domaine. Cette conception n'a résisté ni aux critiques qu'elle a soulevées (3), ni à l'épreuve des faits. L'état est avant tout une unité et cette unité oblige à coordonner, à lier les activités des autorités détentrices du pouvoir. En fait, les constitutions qui ont voulu réaliser ce système de séparation tranchée des pouvoirs ont abouti à de mauvais résultats. L'exemple, souvent cité des U.S.A., n'est pas, lui-même, probant, car la coutume constitutionnelle a su, particulièrement par la création des comités permanents de la chambre des représentants et du sénat, pallier les inconvénients de la constitution et établir entre les divers organes une liaison indispensable.

A l'opposé de cette conception, certains ont voulu voir dans l'Exécutif un simple agent d'exécution, dénué de tout pouvoir propre de décision et soumis aux autres pouvoirs. Il n'aurait ainsi qu'à appliquer aux particuliers les règles générales posées par le législateur. Vis-à-vis des tribunaux, son rôle serait encore plus simple ; ceux-ci prenant eux-mêmes des décisions particulières auxquelles il suffit de conférer efficacité. Cette doctrine est directement inspirée de Rousseau (4) et repose sur une ha-

(3) Voir Duguît : « J.-J. Rousseau, Kant et Hegel », R. D.P. 1908, p. 173. — Id. : « La séparation des pouvoirs et l'assemblée nationale de 1789 ». — Dans le même sens : PUGET : « Limitation du pouvoir par la séparation des pouvoirs », encyclopédie française, T.X, 10-63-7.

(4) Sur la théorie pseudo-organicisme et le rôle qu'a joué Rousseau dans son développement, voir Barthélémy : « Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes », Paris, 1906, Giard et Brière, éditeurs, p. 8, note 2 ; p. 444, note 1 ; p. 580, note 1.

sardeuse comparaison entre le corps social et le corps humain. Dans celui-ci, les actes de volonté et les actes physiques d'exécution sont accomplis par des organes distincts. Dans le corps social, le pouvoir législatif sera le cerveau, l'exécutif le bras.

Sans plus insister sur le factice de cette comparaison, il est certain que cette thèse est aussi contraire au principe même de la séparation des pouvoirs qu'à la nécessité d'organiser un mode de gouvernement apte à répondre aux nécessités de la vie pratique. Elle conduit à substituer à l'absolutisme du monarque celui d'une assemblée. Et ce dernier ne s'est pas avéré, en fait, moins redoutable. Et encore faudrait-il que le parlement puisse avoir cette activité continue et rapide qu'exige la vie de l'état. Son mode de recrutement, d'où découle son manque de compétence technique, la longueur des discussions préalables à des décisions majoritaires suffisent à lui interdire ce rôle. Ici encore on objecte l'exemple d'un pays, la Confédération Helvétique, qui pratique ce régime, et avec bonheur. Mais le peu d'étendue de son territoire ; l'importance que présente, pour de puissants voisins, le maintien de sa neutralité ; le recours fréquent au « référendum », obstacle à l'arbitraire de l'assemblée ; la forme fédérale de l'Etat qui fait que l'Assemblée n'a à se préoccuper que de questions peu nombreuses ; enfin, les qualités propres au peuple suisse en font un exemple isolé.

Le rôle du pouvoir exécutif ne peut donc être défini par une formule simple ; soit en le représentant comme un pouvoir indépendant, soit, au contraire, en le considérant comme un simple agent d'exécution. Il nous faudra donc recourir à une conception intermédiaire entre ces deux extrêmes, l'une et l'autre inadmissibles. Nous rejoignons ainsi la notion moderne de compétence discrétionnaire. Par-

ties de l'hypothèse d'actes discrétionnaires, échappant à tout contrôle et à tout recours, Doctrine et Jurisprudence ont abouti, peu à peu, à la notion d'éléments discrétionnaires dans l'acte (5) ; toute compétence étant ainsi partie liée, partie discrétionnaire. Nous nous proposons ici de préciser de quelle marge d'indépendance jouit l'Exécutif dans l'application des lois et des jugements.

Le principe de la subordination du gouvernement à la légalité n'est plus contestable dans l'Etat moderne. Il est particulièrement rendu efficace en France par l'existence d'un contrôle juridictionnel étroit que le développement de la théorie du détournement de pouvoir a encore resserré. Mais cette soumission à la loi peut s'entendre dans deux sens différents, dont un seul nous intéresse ici. Dans une première acception, il y a soumission à la loi en ce qu'un acte n'est valable que s'il est accompli dans les conditions prévues par elle ; conditions qui visent la compétence de l'agent public, les formes qu'il doit observer, le but qu'il peut légitimement poursuivre. Il y a donc subordination à la légalité en ce sens que l'agent ne peut accomplir un acte illégal. Dans cette conception, la loi apparaît comme une limite apportée à l'initiative administrative et ne peut être violée que par une activité, par un acte positif. Mais si la loi n'est que l'expression des nécessités sociales, s'il est vrai que le législateur a le devoir de poser les règles les plus aptes à assurer le développement de la collectivité nationale, on peut envisager l'illégalité sous une seconde forme. La loi

(5) Voir, sur cette évolution, l'ouvrage de Lodovici : « L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire ». Thèse, Lille, 1937.

prescrit au fonctionnaire une certaine activité parce qu'elle est socialement utile ; dès lors, l'agent public qui n'accomplit pas cette activité, commettra un manquement à son devoir, une illégalité, par sa seule inaction, par un « acte purement négatif ». (Nous empruntons cette expression aux conclusions du commissaire du gouvernement Rivet, dans l'affaire : *Chambre syndicale des fabricants d'eau gazeuse de Paris*, que nous examinerons ultérieurement.) Dans cette deuxième conception, la loi n'est plus seulement la barrière fixée à l'activité gouvernementale ; elle est le guide de cette activité ; elle ne s'impose plus seulement comme une limite externe aux agents publics, mais encore comme une règle d'action interne. C'est ce second aspect de la subordination du gouvernement à la loi qui nous retiendra ici. Nous n'étudierons donc pas ici quelles règles les lois et les jugements imposent à l'administration lorsqu'elle agit mais bien dans quelle mesure la loi et les jugements constituent pour elle une obligation d'agir. Nous n'examinerons pas à quelles conditions son activité est légale mais tout au contraire à quelles conditions son inactivité peut l'être. Nous nous limiterons donc à l'étude de ces illégalités qu'on peut dire négatives en ce sens qu'elles n'exigent nulle action de l'Exécutif et qui consistent à refuser à une loi ou à un jugement la sanction matérielle sans laquelle ils restent inefficaces.

Les exemples d'une telle attitude gouvernementale sont nombreux. Certains sont devenus classiques. Rappelons le long sommeil dans lequel restèrent les lois sur les congrégations jusqu'à ce qu'un décret vînt en 1880, les remettre en vigueur. Dans d'autres cas, au contraire, la suspension de fait précéda l'abrogation formelle : ainsi, dès avant 1901, n'étaient plus guère poursuivis les membres des as-

sociations de plus de vingt personnes ; dès avant 1907, la déclaration préalable à une réunion publique n'était plus exigée. Quant aux jugements, et bien que le refus d'y prêter main forte apparaisse de prime abord comme choquant, les exemples de non application ne sont pas plus rares. De Lesseps, condamné à la suite du scandale de Panama, ne fut pas contraint à subir sa peine. Plus près de nous, en 1923, le résident général de Tunisie refusa d'expulser, comme l'ordonnait un jugement, les indigènes installés sur le domaine du sieur Couitéas, et le Conseil d'Etat devait approuver cette attitude. Depuis 1930, les refus d'exécuter les jugements d'expulsion contre les locataires défaillants se sont multipliés ; et les occupations d'usines de 1936 et 1937 furent l'occasion de plus d'une de ces violations négatives de lois ou de jugements.

Et, en fait, cet Exécutif, souvent réputé si faible, jouit de plus d'un moyen pour réduire ainsi à néant telle décision qu'il lui paraît inopportun d'appliquer. Chargé de compléter les lois par des règlements d'administration publique, il s'abstiendra de les prendre ou le fera tardivement. Maître de l'action publique, il enjoindra aux procureurs généraux de fermer les yeux sur certains délits, de les laisser ignorés. Enfin, plus simplement, il se refusera à donner aux agents de la force publique l'ordre d'agir.

Il n'est donc pas de décision, législative ou juridictionnelle, que le gouvernement ne puisse réduire à l'impuissance par sa seule inertie (6). Un tel

(6) Il faut néanmoins excepter les décisions dont l'application n'exige en aucune façon, l'intervention des agents d'exécution : ainsi le jugement accordant un délai de grâce en vertu de l'article 1244 du code civil ; les lois instituant des moratoires, ou encore la loi du 16 Juillet 1934 accordant aux

pouvoir laissé au gouvernement ne va pas sans poser de nombreuses questions. Quelle est, dès lors, l'autorité qui s'attache encore aux lois et aux jugements ? Dans quelle mesure le Gouvernement est-il ainsi libre de les annihiler ? Quels recours les particuliers lésés peuvent-ils intenter contre une telle attitude ? Voilà celles que nous nous efforcerons de résoudre ici.

Cette étude sera divisée en deux parties. Tout d'abord afin d'assurer une base solide à nos recherches, nous esquisserons le tableau du Droit Positif Français. Nous aurons ainsi à examiner et les textes et la jurisprudence des tribunaux tant administratifs que judiciaires. Puis, nous essaierons de présenter des faits ainsi observés une explication logique. Nous serons donc, amenés à étudier, au moins sommairement, les diverses doctrines exposées en notre matière. C'est sans doute, en effet, par le rapprochement de leurs arguments les plus marquants, que nous pourrons dégager cette explication théorique.

Faisons maintenant une remarque de terminologie ; nous avons jusqu'ici le plus souvent parlé de pouvoir exécutif, législatif, judiciaire. Le titre de cet essai mentionne la Loi, le gouvernement, les jugements. C'est qu'en effet nous pensons ces expressions préférables. Tout d'abord, elles ont l'avantage d'être plus réalistes et de ne pas préjuger de conceptions pré-établies. Car ces expressions de pouvoir exécutif, législatif, judiciaire, sont le fruit de

locataires une réduction de loyer de 10 %. Dans tous ces cas, il suffit aux bénéficiaires de ces mesures de clémence de différer le paiement de leur dette ou d'en réduire le montant. Le gouvernement est ici impuissant, puisqu'il n'a pas à intervenir.

longues habitudes doctrinales et peuvent avoir, selon les auteurs qui en usent, des sens, sinon différents, du moins divers. De plus, cette terminologie repose sans doute sur cette notion de pouvoirs personnalisés, sorte d'entités métaphysiques jouissant de droits. Enfin, l'expression de pouvoir exécutif, particulièrement, tend à reporter l'attention sur la seule personne de son chef : le Président de la République (7). C'est là négliger l'élément le plus caractéristique du régime parlementaire : le cabinet ministériel. Ce n'est pas qu'il faille dénier, comme l'affirmaient certains, toute utilité et toute efficacité à la personne du Président ; mais il est certain qu'il agissait surtout par l'influence qu'il pouvait exercer au sein du conseil des ministres. Le doyen Hauriou (8) a ainsi justement montré que c'est dans l'ensemble constitué par le Président et par le cabinet ministériel qu'il faut considérer le titulaire de la fonction exécutive. L'expression Gouvernement nous paraît plus apte à mettre en évidence cette influence à côté du Président, du cabinet ministériel.

Ces discussions sur le rôle du Président de la République, des chambres, du cabinet, pourront paraître vaines, aujourd'hui que, à la suite de notre défaite militaire, le régime parlementaire français a disparu. Nous ne pensons pas néanmoins que son étude soit désormais sans intérêt. La première raison que nous invoquerons est de celles dont M. Olivier Martin dit qu'elles sont les meilleures, elle est d'ordre sentimental : quels qu'aient pu être ses défauts,

(7) Nous emploierons au cours de cette étude limitée à l'étude du régime parlementaire français la terminologie usitée sous ce régime.

(8) Hauriou : « Précis de droit constitutionnel », 2^e édition, 1929, p. 387.

et ses conséquences, l'étude du régime sous lequel la France a vécu soixante-cinq ans ne peut être négligée. Et sans doute a-t-elle encore aujourd'hui, un intérêt autre qu'historique. Car n'est-ce pas précisément par réaction contre ces défauts du régime parlementaire qu'ont été élaborés les actes constitutionnels de 1940 ? si bien que la connaissance de l'un peut aider à la compréhension des autres. Enfin, nous essaierons de n'envisager ici l'étude de ces rapports entre le Président, les chambres, les tribunaux, que comme un point de départ, comme un moyen pour aboutir à la solution d'un problème théorique plus général : celui de la subordination des organes d'exécution à la loi et aux jugements. Car le but de toute science n'est-il pas d'en dégager les règles générales, et l'effort du juriste ne doit-il pas être de donner aux études juridiques un caractère purement scientifique ?

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT POSITIF FRANÇAIS

Nous avons, dans notre introduction, donné quelques exemples, et l'on pourrait aisément les multiplier, de lois ou de jugements laissés en sommeil par le gouvernement. La conclusion d'une étude du droit positif français ne s'impose-t-elle pas dès lors, immédiatement ? Et ne faut-il pas affirmer que le gouvernement est libre, en France, de ne pas appliquer lois et jugements ?

Une telle conclusion pourrait sembler d'autant plus évidente que ce n'est pas en vertu de sa seule volonté ou de sa seule puissance matérielle que le gouvernement impose sa décision. Il est en effet soumis à un organe de contrôle qui a à apprécier la validité de son activité, et de son inactivité ; et cet organe de contrôle n'est autre que celui-là même qui remplit les fonctions de législateur. Le parlement fait les lois, il voit le gouvernement ne pas les appliquer, et il maintient ce même gouvernement en fonctions ! L'attitude gouvernementale n'est-elle pas dès lors, justifiée en droit ? Il ne se poserait plus, dans ce cas, de problème juridique ; on pourrait tout au plus rechercher, du point de vue politique, dans quelle mesure il est opportun de laisser cette liberté au gouvernement.

Semblable conclusion serait prématurée. Nous aurons plus tard (1) à revenir sur ces doctrines qui attribuent à la volonté parlementaire un rôle déterminant. Indiquons dès maintenant que le contrôle

(1) V. infra, 2^e partie, chapitre premier.

politique exercé par le Parlement ne nous semble pas juridiquement efficace.

Il ne s'agit pas, ici, d'insister sur les insuffisances de fait de ce contrôle. Il serait aisé de noter alors combien il s'exerçait d'une façon discontinue ; discontinuité qu'aggravait l'habitude de lois de pleins pouvoirs, qui permettaient au gouvernement de ne plus convoquer l'assemblée en dehors des courtes sessions ordinaires. On pourrait relever aussi l'insuffisance de certains parlementaires, l'habitude prise par bien d'entre eux de ne pas assister aux séances et de voter par intermédiaire.

Mais en dehors même de ces reproches contingents, à supposer qu'il s'exerce avec tout le sérieux et toute la compétence désirables, le contrôle politique n'a pas de pertinence juridique, et ne vise pas à en avoir.

C'est qu'en effet le Parlement, lorsqu'il avait à apprécier la validité des décisions gouvernementales, ne se plaçait pas au point de vue du Droit, mais au seul point de vue de l'opportunité. Et ce qui le marque bien, c'est que devant deux décisions analogues, il pouvait prendre des attitudes différentes, approuvant l'une et blâmant l'autre, selon les circonstances. Le Parlement n'avait pas, ou tout au moins ce n'était pas là sa tâche principale, à vérifier la régularité de l'action gouvernementale, il devait, avant tout, s'assurer de son efficacité. C'est ainsi qu'il a pu être amené à valider des violations certaines de la Loi, lorsque ces illégalités apparurent comme opportunes. C'est ce qui était réalisé, en particulier, par la pratique des « bills of indemnity ».

Mais l'activité gouvernementale n'était pas, pour cela, exempte de toute vérification juridique. C'est qu'en effet, en dehors de celui exercé par le

Parlement, un autre contrôle s'impose au Gouvernement, celui du juge. Sans doute, celui-ci apparaîtrait-il comme plus discret que le premier, il ne s'accompagne pas de débats agités, on ne lui accorde pas la même publicité. Sans doute aussi, peut-il apparaître comme bien inefficace, puisque le gouvernement, détenteur des moyens de contrainte matérielle, ne se soumettra que volontairement à ses décisions. Mais il est, lui, juridiquement opérant. Le juge, en effet, n'a pas à connaître de l'opportunité des décisions gouvernementales. Il n'a à connaître que de leur régularité, de leur légalité. C'est donc ce contrôle juridictionnel et lui seul, qui doit être retenu dans une étude juridique. Ce sont ses résultats qui permettent de tracer un tableau du droit positif français.

Mais ce tableau serait évidemment incomplet si nous ne commençons pas par étudier les textes mêmes qui établissent la compétence gouvernementale. Si le juge a à en définir les limites, il faut tout d'abord en examiner les fondements, voir quel rôle juridique les constituants de 1875 ont entendu réserver au gouvernement. Nous examinerons donc, dans deux chapitres successifs, tout d'abord les textes, puis la jurisprudence.

Enfin, nous aurons à examiner dans quelle mesure les solutions ainsi dégagées ont pu être modifiées, voire écartées, dans certaines périodes de danger. En effet, dans certaines de ces circonstances tragiques qui se sont multipliées depuis le début du siècle, guerres, crises monétaires ou économiques ; il est apparu que le gouvernement, organe d'action par excellence, était particulièrement apte à résoudre les difficultés, à écarter les dangers nés de ces circonstances. Dans tous les pays à peu près, l'on a donc assisté, en certaines périodes,

à un développement de la liberté d'action du gouvernement, à un développement, donc, de sa compétence discrétionnaire. Nous aurons à voir comment, et dans quelles limites cet accroissement de compétence a été réalisé en France. Cette première partie sera donc complétée par un troisième chapitre consacré aux périodes de crise.

CHAPITRE PREMIER

LES TEXTES

Se tourner vers les textes constitutionnels pour étudier le régime parlementaire, tel qu'il exista en France de 1875 à 1940 peut sembler une tâche vaine. Maintes fois, on a souligné combien ils étaient brefs, incomplets, au point que l'organe le plus caractéristique du régime parlementaire : le cabinet ministériel, ne s'y trouvait pas même mentionné. On a justement montré combien peu de pérennité les constituants eux-mêmes accordaient à leur œuvre, et comment, en créant la République, ils espéraient la Monarchie. Enfin, on a pu insister sur le peu d'importance de ces textes dans un régime où, faute d'un organe de contrôle, sénat conservateur ou tribunal constitutionnel, la loi pouvait à tout moment violer la constitution.

Une telle étude n'est pas néanmoins, sans intérêt. Sans doute, la coutume a-t-elle modifié la constitution écrite, mais celle-ci reste la base solide où doit s'appuyer le commentateur. Et d'ailleurs il ne s'agit pas de trouver dans ces textes des solutions précises, nuancées ; leur brièveté même interdit de poursuivre ce but. Mais il n'est pas inutile de rechercher, à travers leur œuvre, quel rôle les constituants de 1875 ont entendu accorder au gouvernement. Il ne s'agit pas de préciser les limites exactes de la compétence discrétionnaires du gouvernement dans l'application des lois et des jugements, mais de

voir la place faite au gouvernement en face des organes législatifs et juridictionnels, dans quelle limite le premier apparaît soumis aux seconds ou au contraire indépendant. Nous tentons donc simplement ici de dégager une solution très générale, que nous aurons par la suite à préciser et à affiner.

Nous examinerons successivement, dans deux sections, la subordination du gouvernement aux décisions législatives, puis aux décisions juridictionnelles.

SECTION I

SUBORDINATION DU GOUVERNEMENT A LA LOI

Le gouvernement apparaît avant tout comme un organe d'exécution des lois. Néanmoins, il ne reste pas absolument étranger à leur confection même, et si l'article premier de la loi constitutionnelle du 25 Février 1875 affirme que « le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées », les articles suivants du même texte organisent l'intervention du gouvernement dans l'élaboration de la loi. Nous aurons donc, avant d'examiner le rôle du gouvernement comme agent d'exécution, à étudier celui qui lui est dévolu dans l'accomplissement de la fonction législative ; les deux questions apparaissent d'ailleurs comme liées. Si, en effet, le parlement peut, seul, donner à un texte la force législative, la volonté du gouvernement apparaîtra dès ce moment comme inférieure, comme soumise aux décisions des chambres.

Nous examinerons donc successivement les attributions du gouvernement dans l'élaboration, puis dans l'application des lois.

L'on sait que les textes constitutionnels de 1875 ne mentionnent que le Président de la République, et semblent ignorer l'existence même du cabinet ministériel. L'existence d'un régime parlementaire est cependant impliquée par l'art. 3, « in fine » de la loi du 25 Février 1875, qui exige que chacun des actes présidentiels soit contresigné par un ministre. Ainsi, dans l'esprit des constituants de 1875, existait une étroite collaboration entre le Président et les ministres. L'on peut donc légitimement étudier les attributions du gouvernement à travers celles reconnues formellement au seul Président ; et d'autant plus que toute notre évolution constitutionnelle, depuis 1875, tendit, sinon à supprimer la personne du Président, du moins à lui accorder un rôle secondaire à côté du cabinet ministériel.

§ I. — *Le droit d'initiative*

L'article 3 de la loi du 25 Février 1875 dispose, dans son premier alinéa : « Le Président de la République a l'initiative des lois, concurremment avec les membres des deux chambres. »

Le sens du texte est par lui-même assez clair pour qu'il soit inutile d'y insister, mais on peut discuter la portée de cette prérogative. Fait-elle juridiquement participer le gouvernement à la confection de la loi ?

Du point de vue politique, le partage du droit d'initiative entre le gouvernement et le parlement est une des caractéristiques, et sans doute des plus heureuses, du régime parlementaire ; régime qui

repose essentiellement sur une étroite collaboration entre les organes. L'initiative gouvernementale présente d'ailleurs d'incontestables avantages. Le gouvernement est bien placé pour connaître les besoins réels et immédiats du pays, les exigences du maintien de l'ordre intérieur, de la sécurité extérieure. Il peut, d'autre part, s'appuyer sur toute une administration active fortement hiérarchisée pour faire préparer des projets soigneusement étudiés. En fait, les projets gouvernementaux apparaissent le plus souvent comme plus fouillés et mieux conçus que les propositions parlementaires. L'on sait qu'en Grande-Bretagne, berceau du parlementarisme, la plupart des lois trouvaient leur origine dans les initiatives gouvernementales (2). Il en était de même en France, quoique dans une moindre mesure.

Mais du point de vue juridique, on ne peut accorder la même importance à ce droit d'initiative. En effet, le dépôt d'un projet sur le bureau de l'une des chambres restait sans effet dans le monde du Droit. La décision appartenait en effet, toujours et uniquement aux chambres. Celles-ci pouvaient librement accepter ou refuser le projet gouvernemental ; le plus souvent, il ne devenait loi qu'après avoir été tronqué ou modifié. Or, seul ce pouvoir de décision apparaît comme juridiquement important, puisque c'est cette décision qui réalise l'acte juridique qu'est la Loi. On ne peut donc conclure, de l'examen de cette première attribution gouvernementale, qu'elle fasse véritablement collaborer le gouvernement à l'élaboration de la Loi.

(2) V. sur la pratique du calendrier parlementaire qui permet de réserver la plupart des séances d'une session parlementaire à l'examen des projets gouvernementaux : Hauriou : « Précis de droit constitutionnel », 2^e éd., p. 435 et 436.

§ 2. — *La Promulgation*

« Le Président de la République, déclare l'article 3, paragraphe 1 de la loi constitutionnelle du 25 Février 1875, promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux chambres. » Cette compétence doit être exercée dans un délai limité, déterminé par l'article 7 de la loi constitutionnelle du 16 Juillet 1875 ; la promulgation doit intervenir « dans le mois qui suit la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée..., dans les trois jours pour les lois dont la promulgation par un vote exprès dans l'une et l'autre chambre aura été déclarée urgente ». Ce même texte prévoit la possibilité d'un renvoi en seconde lecture, mais nous verrons en l'étudiant ultérieurement que ce droit accordé au Président ne modifie pas la nature de la promulgation. Enfin, la formule même de la promulgation n'a pas été fixée par les lois constitutionnelles de 1875, mais par un décret du 6 Avril 1876 qui la détermine ainsi : « Le Sénat et la Chambre des Députés ont adopté, le Président de la République promulgue la Loi dont la teneur suit, — texte de la loi — la présente loi, délibérée et adoptée par le Sénat et la Chambre des Députés, sera exécutée comme loi de l'Etat. »

Toute la difficulté du problème juridique de la promulgation réside en l'opposition entre deux faits ; d'une part, la promulgation n'est pas, pour le Président, discrétionnaire, mais bien au contraire obligatoire ; c'est ce qui ressort des textes précités ; d'autre part, la loi ne peut être mise à exécution qu'après promulgation. La doctrine sur ce dernier point peut être considérée comme unanime. La jurisprudence l'a affirmé dans des affaires où il ne s'agissait pas

d'absence de promulgation, mais de promulgation simplement irrégulière (Cass. 12-8-1871, D.P. 71-1-364 ; 30-12-1871, D.P. 71-1-367).

Faut-il dès lors déclarer que le Président n'est qu'un simple agent d'exécution, ou, au contraire, que par la promulgation, il participe à la confection même de la Loi ?

La première doctrine repose sur une conception étroite de la séparation des pouvoirs. Dans cette conception, chaque fonction est exercée par un organe distinct, spécialisé, qui l'accomplit seul. Ainsi, la fonction législative est remplie par l'Assemblée et la loi est parfaite dès qu'elle a été votée. Mais la fonction d'exécution est confiée à un autre organe, indépendant du premier, et dont les agents, étroitement hiérarchisés, n'ont à prendre d'ordres que de leur chef, le Président de la République. La promulgation est l'ordre donné par le Président, aux agents d'exécution, d'appliquer la loi. Cette doctrine a été mise en avant, avec une particulière netteté par Esmein, quoiqu'il se soit défendu, par ailleurs, d'adhérer à la conception d'une séparation tranchée des pouvoirs. « La promulgation, dit-il (3), est l'acte par lequel le chef du pouvoir exécutif déclare exécutoire une loi régulièrement votée par le corps législatif et donne aux agents de l'autorité publique l'ordre de veiller à son exécution et d'y prêter main-forte au besoin. La nécessité de la promulgation est une conséquence logique du principe de la séparation des pouvoirs. La loi est parfaite et définitive lorsqu'elle a été votée par le pouvoir législatif, mais elle n'est pas exécutoire tant que la promulgation

(3) Esmein : « Eléments de droit constitutionnel », 8^e édition, 1928, p. 68.

n'a pas eu lieu. Le droit et le devoir de veiller à son exécution appartiennent en effet au pouvoir exécutif ; tant que celui-ci n'a pas donné l'ordre d'y procéder, aucune des autorités publiques ne saurait en tenir compte ». (4)

Mais, quelle est l'utilité d'un ordre d'exécution si l'on répute la loi parfaite avant même qu'intervienne la promulgation ? Car, dès qu'un acte juridique est accompli régulièrement, il s'impose par cela même, au respect de tous. La distinction entre le caractère obligatoire et le caractère exécutoire apparaît comme singulièrement factice. S'il y a loi, par le seul vote des chambres, il faut évidemment que cette loi soit amenée à exécution, et les agents publics ont, plus que quiconque, le devoir d'y collaborer. Et comment expliquer, dans cette conception, le caractère obligatoire de la promulgation ? Comment le Président peut-il être, malgré le principe de la séparation des pouvoirs, lié directement par l'ordre législatif, alors que ce même principe interdirait à la loi de s'imposer aux agents d'exécution ? « Pour quoi la loi qui s'impose en cette qualité, au chef du pouvoir exécutif, ne s'imposerait-elle pas au pouvoir exécutif tout entier ? ». (5)

A l'opposé de cette première doctrine, certains ont représenté la promulgation comme un acte par lequel le Président est effectivement associé à la confection de la loi. Duguit déclare ainsi : « La formule de la promulgation montre bien que la promulgation est le complément indispensable de la

(4) Dans le même sens : Mestre : « Cours de droit constitutionnel », 1937-38, édité par « les cours de droit », p. 298.

(5) V. Bonnet : « De la promulgation ». Thèse, Poitiers, 1908, p. 67, § 68.

loi, que tant qu'il n'y a pas promulgation, il n'y a pas, à proprement parler, de loi, que nul n'est tenu à obéir à cette prétendue loi qui n'est pas encore promulguée, que les tribunaux, que les autorités non seulement ne sont pas tenus d'appliquer une loi non promulguée, mais ne peuvent pas l'appliquer. En un mot, par la promulgation, le Président de la République est directement et vraiment associé à la confection de la loi. » (6)

Cette deuxième doctrine n'est pas, croyons-nous, plus acceptable que la première. Elle se heurte tout d'abord à un argument de texte formel : l'article premier de la loi constitutionnelle du 25 Février 1875 affirme que « le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées... » Faire participer le Président à la confection de la loi, c'est, quelque subtilité juridique que l'on puisse mettre à écarter cette conséquence, tendre à assimiler la promulgation à la sanction. Or cette assimilation est très certainement inacceptable. Elle se heurte aux principes les plus sûrs du régime républicain. Rappelons encore que la promulgation est obligatoire pour le Président. C'est là même un des traits caractéristiques de l'institution. Il en va tout autrement du droit de sanction par lequel le chef de l'Etat complète véritablement la valeur juridique des décisions de l'assemblée. C'est ainsi qu'en Angleterre, où le roi dispose, au moins en théorie, de ce droit, il est réputé, à bon droit, faire partie du parlement.

Quelle explication juridique peut-on donc donner du droit de promulgation ? Il ne faut pas rechercher la solution de cette question ou bien dans

(6) Duguit : « Traité », 2^e édition, T. IV, p. 624.

le fait que la loi n'est pas exécutoire avant d'être promulguée, ou bien dans celui que la promulgation est obligatoire pour le Président. Il faut, au contraire, combiner ces deux faits.

Deux éléments apparaissent comme indiscutables. La loi est juridiquement parfaite par le vote des chambres ; elle ne peut être mise à exécution qu'après que soit intervenue la promulgation. Celle-ci apparaît donc comme un acte-condition, qui suspend l'application d'une décision juridiquement parfaite, jusqu'à ce qu'il intervienne. Et l'on peut aisément en expliquer l'utilité en considérant que le Président est appelé à constater la réalité et la régularité du vote de la loi par les chambres. Il n'est, en effet, pas souhaitable que l'auteur même d'un acte soit appelé à affirmer la régularité de sa confection : cette vérification, pour présenter des garanties suffisantes, doit émaner d'un autre organe. Cette thèse peut d'ailleurs s'appuyer sur les termes mêmes de la loi constitutionnelle : « Le Président promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux chambres » ; il n'est donc dans l'obligation de promulguer que lorsqu'il a constaté que ce vote est réellement intervenu, et régulièrement intervenu. La promulgation est donc l'acte par lequel le Président vérifie et atteste que tel texte est bien une loi au sens de la constitution. Ainsi, la loi peut être dès lors mise en application non pas parce qu'elle a été complétée par la décision du Président, pas plus parce que celui-ci lui a conféré la force exécutoire qui lui faisait défaut, « mais parce qu'il est officiellement établi que l'on se trouve en présence d'une loi ». (7)

On peut poser la question de la valeur de cette

(7) Voir Laferrière : « Cours de droit constitutionnel », 1937-38, éd. : les cours de droit, p. 563. Cette thèse avait

constatation. Doit-elle s'imposer à tous, sans qu'il soit possible d'y revenir, ou peut-on néanmoins invoquer, pour ne pas appliquer une loi promulguée, les vices d'inconstitutionnalité dont elle pourrait être entachée ? En bref, la promulgation doit-elle être considérée comme un acte administratif ou comme un acte juridictionnel ?

On peut invoquer, à l'appui de la première solution, le fait que le Président de la République apparaît normalement comme un agent administratif. C'est ainsi que le conseil d'Etat lui reconnaît ce caractère, dans l'exercice de sa compétence réglementaire (arrêt du C.E. du 6-12-1907. *Cie des chemins de fer de l'Est*, S. 1908.3.1). Mais cet argument ne peut suffire à affirmer que le Président ne peut remplir d'autres fonctions qu'administratives. C'est ainsi que le ministre, autorité évidemment administrative, eut pendant longtemps, et possède encore en quelques matières, une compétence juridictionnelle. Dans un autre sens, l'argument en faveur de l'immutabilité des décisions présidentielles, tiré du caractère de majesté dont doit être revêtu le chef de l'Etat, ne peut être retenu non plus, sous un régime républicain. Si haut qu'il fût placé, et pour aussi grand qu'ait été le respect qu'il pouvait légitimement inspirer, le Président de la République n'était cependant autre chose qu'un agent public. Le caractère quasi sacré des décisions du chef de l'Etat ne se conçoit guère que dans un régime monarchique où le monarque tire sa puissance d'un principe métaphysique.

déjà été exposée antérieurement par Bonnet (op.cit), et par M. Jèze, in R.D.P., 1918, p. 378 et suivantes : « La promulgation des lois ».

Aussi, le problème reste-t-il ouvert en doctrine (8). Pour nous, nous inclinons à reconnaître à l'acte de promulgation un caractère juridictionnel. C'est qu'en effet l'utilité de cet acte n'apparaît comme réelle que s'il est opposable à tous. Considérer l'acte de promulgation comme un acte de nature administrative qui conditionnerait la mise en application de la loi, c'est, nous semble-t-il, revenir à la théorie de la promulgation : ordre d'appliquer la loi, ordre qui serait adressé par le Président aux agents, en vertu de son pouvoir hiérarchique. Nous avons déjà fait la critique de cette conception. Enfin ; notons qu'il s'agit là d'une opération de contrôle de l'exercice d'une compétence — opération ressortant normalement de la fonction juridictionnelle.

Il ne saurait s'agir d'ailleurs que d'un contrôle de la constitutionnalité purement formelle des lois. Le Président contrôle la régularité du vote de la loi, mais une fois cette vérification accomplie, il doit promulguer la loi votée par les deux chambres. Si donc cette loi est inconstitutionnelle quant au fond, quant à ses dispositions, ce n'est plus au Président qu'il appartient d'en constater l'inconstitutionnalité. On sait d'ailleurs, que, bien qu'il fut généralement souhaité par la doctrine, le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois par les tribunaux n'a jamais existé sous le régime des lois constitutionnelles de 1875. (9)

(8) Ainsi, M. Jèze se refuse-t-il à reconnaître dans l'acte de promulgation un acte juridictionnel (article précité).

Duguit s'est, dans la deuxième édition de son traité, rangé à son avis, après s'être prononcé dans un sens différent. M. Laferrière (op.cit.) ne résoud pas non plus la question.

(9) V. Barthélemy et Duez : « Traité de droit constitutionnel », 2^e éd. 1933, Première Partie, Titre IV, Chapitre II, Section I, pp. 207 et suivantes.

Du point de vue de notre étude, la solution du problème juridique de la promulgation présente un intérêt certain. Nous avons vu que la loi est parfaite par le vote des chambres ; sans doute le Président a-t-il à constater la régularité de sa confection, mais cette vérification une fois faite, la loi s'impose à lui comme à tous les agents de l'Etat et aux administrés eux-mêmes. Déjà donc, dans l'étude de la promulgation, apparaît le principe de la soumission du pouvoir exécutif à la loi.

§ 3. — *Le droit de renvoi en seconde lecture*

L'article 7 de la loi constitutionnelle du 16 Juillet 1875 qui règle le délai de la promulgation, ajoute dans un deuxième paragraphe : « dans le délai fixé pour la promulgation, le Président de la République peut, par un message motivé, demander aux deux chambres une seconde délibération qui ne peut être refusée ».

Cette disposition ne permet-elle pas de déclarer que la promulgation n'est pas strictement obligatoire pour le Président et que, dès lors, la conclusion à laquelle nous avons abouti, d'une subordination du gouvernement aux chambres dans la confection des lois est erronée ? Quelle est donc la nature de ce droit reconnu au Président de demander une nouvelle délibération ?

Il ne saurait s'agir, évidemment, d'un droit de sanction. La loi est créée par le concours des volontés des deux chambres, celle du Président n'a pas à intervenir. Ce droit de sanction n'est plus d'ailleurs qu'un vestige des premiers régimes de monarchies constitutionnelles. Il a cessé d'exister sous le régime

républicain. En Angleterre même, il ne subsiste plus que comme une prérogative purement théorique de la Couronne.

Peut-on alors déclarer que ce droit accordé au Président apparaît comme un droit de veto suspensif ? (10). La différence théorique avec un droit de sanction est certaine. Il ne s'agit plus d'associer le chef de l'Etat à la confection de la loi, mais de lui permettre de s'opposer, pendant un temps plus ou moins long, à la mise en application d'une loi juridiquement parfaite. Il ne s'agit plus, selon les expressions de Montesquieu, d'une « faculté de statuer », mais d'une simple « faculté d'empêcher ».

Nous ne pensons pas que l'on puisse reconnaître au Président même ce simple droit de veto. Pour que ce droit existe, puisqu'il est « une faculté d'empêcher », il faut que la volonté du chef de l'Etat apparaisse comme aussi forte, comme aussi puissante que celle de l'Assemblée. Dès lors, il naîtra un conflit entre ces deux volontés équivalentes : il faudra recourir, pour le trancher, à l'intervention d'un arbitre qui, dans un régime démocratique, sera la volonté populaire. Cette manifestation de la volonté populaire était assurée, dans le système de la constitution française de 1791, par le fait que la loi ne s'imposait définitivement au Roi que lorsqu'elle avait été votée par deux législatures. La volonté des électeurs pouvait ainsi se manifester lors du renouvellement de l'assemblée (11). Aux Etats-Unis, le « bill » auquel s'est opposé le Président ne devient

(10) En ce sens, Duguit : « Traité », 2^e édition, T.IV, p. 654. — V. également M. Sibert : « Cours de droit constitutionnel », 1938-39. Ed. : « les cours de droit », p. 127.

(11) Système à rapprocher de celui de la « dissolution » qui est utilisé pour trancher les conflits entre la chambre haute et la chambre basse.

loi que s'il est voté de nouveau par les deux tiers des membres de la chambre des représentants et du sénat. Ici encore, on peut considérer que ce renforcement de majorité permet de connaître avec plus de certitude quelle est la volonté du corps électoral.

Or, la constitution française ne crée rien de semblable. La même majorité qui a voté le premier texte peut définitivement l'imposer. On ne peut donc pas dire que le Président puisse s'opposer à la décision de cette majorité. Tout ce qu'il peut faire, c'est lui signaler les inconvénients ou l'inopportunité de sa décision, et lui demander de la modifier. Mais il ne peut agir sur la décision finale, sur le sort définitif de la loi que par l'autorité morale qu'il aura pu prendre sur l'Assemblée. Il aurait donc pu y avoir intervention politiquement efficace du Président. Il n'y avait pas intervention juridique dans la confection de la loi.

L'on sait d'ailleurs, qu'en fait, le Président de la République n'usa jamais de ce pouvoir de demander une nouvelle délibération. On a montré comment le jeu du régime parlementaire, en interdisait pratiquement la possibilité. En effet, le message présidentiel devait être contresigné par un ministre. Or, ou bien le ministère était favorable au texte voté par les chambres et il eût accepté difficilement de se joindre à une demande de nouvelle délibération, ou bien il était hostile à ce texte, et, dans ce cas, il eût dû être démissionnaire et remplacé par une nouvelle équipe prise parmi la majorité qui avait voté la loi (12). Ces arguments ne sont pas d'ailleurs absolument décisifs. Duguit en a fait la critique et a

(12) V. Bompard : « Le veto du Président de la République et la sanction royale », 1906, p. 273. et suivantes.

montré comment le message présidentiel aurait pu être contresigné et présenté aux chambres par un cabinet d'affaires ou de minorité, ou même par le cabinet qui avait combattu la décision des chambres et qui serait resté en exercice jusqu'à ce que cette décision fût confirmée. (13)

Mais il ne s'agit là que d'arguments d'ordre politique. Qu'il ait été en fait efficace ou non, le droit de renvoi en seconde lecture ne permet pas d'associer le président à la confection de la Loi. La conclusion que nous avons tirée de l'étude de la promulgation reste entière : le Gouvernement apparaît essentiellement comme un organe d'exécution de la Loi. Il nous faut maintenant préciser son rôle en ce domaine.

§ 4. — *La compétence réglementaire*

Que l'on se rallie à une conception étroite de la séparation des pouvoirs, ou, au contraire, à l'idée d'une collaboration entre Parlement et Gouvernement, la première tâche de celui-ci apparaît toujours être l'exécution des lois. Le terme même de pouvoir exécutif, si fréquemment usité, marque assez combien cette attribution gouvernementale est considérée comme primordiale. Ce devoir de veiller à l'application des lois apparut sans doute si évident aux constituants de 1875, que c'est en termes singulièrement laconiques qu'ils le mentionnent. L'article 3 de la loi du 25 Février 1875 porte simplement que le Président « assure et surveille l'exécution des lois ». Mais énoncer cette obligation est insuffi-

(13) « Traité », 2^e édition, T.IV, p. 659.

sant si l'on ne précise pas en quoi elle doit exactement consister. Le Président doit-il assurer une exécution purement matérielle, quasi automatique, ou a-t-il, au contraire, la faculté d'apprécier le moment ou les moyens qui assureront à cette exécution la plus grande efficacité ? C'est là le sujet même de notre étude, et le texte constitutionnel ne peut guère aider à sa solution, par suite de sa brièveté même. Aussi, son examen ne nous arrêterait-il pas plus longtemps s'il n'était considéré par l'unanimité de la Doctrine comme le fondement de la compétence réglementaire du Président.

Cette compétence est, en effet, une conséquence normale de l'obligation qui incombe au gouvernement de veiller à l'application des lois. Il lui faut, dès lors, pouvoir donner des ordres, préciser les mesures d'exécution dans des termes aussi généraux que la loi elle-même. Aussi, tous les régimes, et ceux-là mêmes qui s'appuyaient sur le dogme d'une séparation tranchée des pouvoirs, ont-ils dû, avec plus ou moins de netteté, reconnaître cette compétence au chef de l'Exécutif.

Dans quelle mesure le Président est-il soumis à la Loi dans l'exercice de cette compétence ?

Ici encore, cette soumission peut être considérée sous deux aspects différents. Il faut tout d'abord affirmer que le Règlement ne peut violer la Loi. Il faut ensuite examiner dans quelles conditions la Loi constitue pour le Président une obligation d'exercer sa compétence réglementaire.

Le Règlement ne peut évidemment contenir de dispositions contraires à celles édictées par la Loi. Il suffit, pour démontrer cette affirmation, de rappeler que le règlement est un acte administratif (C.E. *Chemins de fer de l'Est...* précité), dont la validité est conditionnée par la légalité. Ce premier aspect

de la subordination du Règlement à la Loi est d'ailleurs efficacement sanctionné. Tout d'abord par le recours pour excès de pouvoir qui permet l'annulation du règlement illégal, ensuite par l'exception d'illégalité qui permet d'échapper aux sanctions qu'entraîne la contravention à un règlement, toutes les fois que celui-ci n'est pas légalement fait (code pénal, art. 471-15°).

Il faut également affirmer que le Gouvernement ne peut pas, par un règlement, donner l'ordre de suspendre l'application d'une loi. En effet, si le Règlement est de même nature matérielle que la Loi, il émane d'un organe qui n'a pas compétence pour donner à ses décisions la force formelle supérieure qui, sous le régime de la Constitution de 1875, caractérisait la Loi. Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, celles-ci seulement peuvent donc suspendre une loi, de même qu'elles peuvent seules la créer. Enfin, les termes mêmes de l'art. 3, « surveiller et assurer l'exécution des lois », ne peuvent évidemment suffire à fonder le pouvoir pour le Président d'en ordonner la suspension.

Cette conclusion apparaît aujourd'hui comme certaine, il n'en a pas toujours été de même. On connaît l'interprétation qui fut faite en 1830 de l'article 14 de la charte de 1814. Celui-ci reconnaissait au Roi le pouvoir de « faire les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et pour la sûreté de l'Etat ». Le gouvernement de Charles X s'empara de ces derniers mots pour affirmer la possibilité de suspendre les lois par voie d'ordonnances s'il apparaissait que leur application fût de nature à troubler l'ordre public. Les ordonnances prises le 25 Juillet 1830 devaient amener la révolution et expliquent l'article 13 de la nouvelle Charte ; le Roi a le pouvoir de faire les règlements nécessaires à

l'application des lois, « sans en pouvoir jamais suspendre l'exécution ». On peut considérer que c'est sous ce régime de la Charte de 1830 que le régime parlementaire devait trouver en France son véritable équilibre. Nous avons vu que la Constitution de 1875 était beaucoup plus brève, mais l'impossibilité pour le Gouvernement de suspendre une loi par décret doit être considéré comme un principe certain (14). Nous verrons ultérieurement que cette conclusion, certaine en période normale, a pu être contestée en période de crise. (15)

Il nous faut maintenant résoudre la question de savoir si le Président peut être juridiquement obligé d'élaborer une certaine réglementation. Le problème se pose différemment, selon qu'il s'agit d'un règlement pris par le Président de sa propre initiative, ou, au contraire, après invitation expresse du Parlement. Selon qu'il s'agit donc, pour recourir à une terminologie courante, d'un règlement spontané ou bien d'un règlement d'administration publique. (16)

Dans la première hypothèse, il est certain que le Gouvernement a l'obligation de formuler une réglementation, lorsque celle-ci apparaît comme néces-

(14) V. Répertoire pratique Dalloz, v^o Lois et décrets, T. VII, p. 711, n^o 528.

(15) *Infra*, Première Partie, Chapitre 3, Section 4.

(16) Le problème ne se pose pas, sous ce second aspect, pour les règlements autonomes, c'est-à-dire qui n'ont pas pour but de compléter une loi. On peut d'ailleurs discuter de l'étendue de cette compétence autonome. On s'accorde généralement à la réduire à l'organisation intérieure des services publics et aux mesures de police. Elle est sur ce dernier point formellement reconnue par le Conseil d'Etat (8.8.1919. Labonne, R.737). Voir, sur ces points, Duguit : « Traité », 2^e éd., T.4, § 48, pp. 714 et suivantes.

saire à l'exécution d'une loi. En effet, celle-ci constitue par hypothèse une règle utile au développement de la collectivité et tous ont le devoir de collaborer à sa mise en œuvre par les moyens dont ils disposent. L'appréciation de l'opportunité de l'application de cette loi a, d'autre part, été faite souverainement par le parlement. Mais le gouvernement reste, par contre, juge de déterminer quelles mesures d'application il convient de prendre. Cette liberté d'appréciation exclut la possibilité d'un recours juridictionnel. Seules les chambres pourront, par une pression politique, obliger le gouvernement à prendre une certaine réglementation.

S'agissant d'un règlement d'administration publique, la solution peut apparaître comme plus douteuse. Sans doute, on peut soutenir que si le gouvernement est obligé de prendre les règlements nécessaires à l'application d'une loi sans que le législateur l'y ait invité, cette obligation apparaît encore plus certaine au cas d'invitation expresse. Mais on peut également prétendre que la clause contenue dans les nombreuses lois, « un règlement d'administration publique déterminera les conditions d'application » indique que le parlement a entendu laisser le gouvernement maître de choisir, non seulement les moyens d'exécution, mais encore le moment où cette exécution apparaîtrait comme particulièrement propice, qu'il a voulu lui laisser l'appréciation de l'opportunité de la mise en application de la loi. Aussi les attitudes doctrinales sont-elles sur ce point fort diverses. Les uns considèrent que la confection du règlement d'administration publique est rigoureusement obligatoire, ainsi le commissaire du gouvernement Tardieu dans ses conclusions sous l'arrêt « *Compagnie des Chemins de fer de l'Est* » (6-12-1907. S.08.3.1). D'autres, au contraire, la

déclarent toujours facultative ; en ce sens, Hauriou, dans sa note sous ce même arrêt. D'autres, enfin, et nous croyons cette attitude fondée, pensent que le renvoi à un règlement d'administration publique doit être considéré soit comme une injonction, soit comme une invitation selon la volonté du législateur (17). Cette interprétation a cependant été critiquée, puisque le gouvernement tient sa compétence réglementaire de la Constitution elle-même, et non d'une délégation législative, comment le législateur pourrait-il en imposer l'exercice, ou obliger le gouvernement à en user dans un certain délai ? (18). Mais s'il est vrai que c'est de la Constitution que le gouvernement tient cette compétence, il est vrai aussi que l'objet n'en est pas déterminé et qu'ainsi le législateur peut librement le fixer. La compétence reconnue au gouvernement est essentiellement celle d'exécuter les lois, elle n'a donc pas un contenu matériel défini, mais bien au contraire variable avec chaque loi qu'il s'agira d'exécuter. Il faut dans chaque hypothèse rechercher quelle part d'initiative le législateur a entendu réserver aux organes d'exécution.

Ainsi, parfois, le parlement bornera sa tâche à habiliter le gouvernement à prendre des règlements en une certaine matière (19). L'exercice de la

(17) V. Carré de Malberg : « Contribution à la théorie générale de l'Etat ». Sirey, 1920 ; T.I, n° 214, p. 646, et les auteurs cités.

(18) V. Duguit : « Traité », 2^e éd., T. IV, p. 708.

(19) Ainsi l'article 9 de la loi du 8 Août 1898 dispose : « Des décrets rendus après enquête dans la forme des règlements d'administration publique fixent, s'il y a lieu, le régime général de ces cours d'eau (non navigables ni flottables) de manière à concilier les intérêts de l'agriculture avec le respect dû à la propriété et aux droits et usages antérieurement établis. »

compétence réglementaire sera alors pleinement discrétionnaire. Le gouvernement pourra librement déterminer, dans les limites de la loi d'habilitation, et le contenu de la réglementation et l'époque où il jugera opportun de la faire intervenir.

Dans d'autres hypothèses, seule la libre appréciation des mesures d'exécution sera réservée au gouvernement. La clause renvoyant à un règlement d'Administration publique devra alors s'analyser comme une véritable injonction.

Enfin, la Loi peut elle-même prévoir le détail des mesures nécessaires à son application. Aucune initiative n'est plus alors laissée au gouvernement. Sa tâche consiste simplement à réaliser, grâce aux moyens de contrainte dont il dispose, les décisions du législateur. On déclarera dans ces cas que sa compétence est liée.

Ce bref examen de la compétence réglementaire nous conduit donc à une conclusion que nous aurons encore à vérifier ultérieurement : Il n'est pas possible de déterminer d'une manière abstraite, générale, la compétence discrétionnaire du gouvernement dans l'application des lois. Ses limites en sont en effet variables avec la loi qu'il s'agit d'appliquer et son contenu est donc déterminé dans chaque hypothèse par la volonté du législateur.

SECTION II

LA SUBORDINATION DU GOUVERNEMENT AUX DÉCISIONS JURIDICTIONNELLES

La constitution de 1875, si concise quant à l'exécution des lois, est muette quant à celle des jugements. Il n'est pas impossible néanmoins de préci-

ser le rôle du gouvernement en cette matière, en se référant aux caractères propres de l'acte juridictionnel.

§ 1. — *Les principes généraux*

Les caractères techniques de l'acte juridictionnel découlent de considérations pratiques qui ont conduit à donner à la fonction juridictionnelle un aspect particulier.

On pourrait concevoir théoriquement que toute l'élaboration du Droit se produise en deux temps, formulation de règles générales, application de ces règles dans les cas particuliers. Il n'y aurait donc à distinguer qu'une fonction législative et une fonction exécutive. Sans même relever le caractère purement théorique de cette conception, elle est certainement inacceptable car elle postule que cette réalisation du Droit se déroulera sans incidents et qu'elle sera acceptée par tous. Or il n'en va pas de même en réalité : il arrivera souvent que l'individu auquel un autre prétend imposer une charge, une obligation en vertu d'un texte légal s'insurge contre la validité de cette prétention. Il affirmera qu'il est fait dans l'espèce une mauvaise interprétation de la loi. Il y aura donc contestation sur le contenu ou l'existence d'une compétence. Cette contestation, il importe de la résoudre pour assurer l'application même de la règle de Droit.

De tels litiges ont toujours existé, et ils ne peuvent pas ne pas exister puisque l'homme n'est pas, en fait, un pur esprit juridique et qu'il est soumis à l'erreur. Mais les modes de solution ont varié à travers les siècles.

Le premier stade, aujourd'hui dépassé au moins en droit interne, est celui de la vengeance privée.

L'individu à qui l'on prétend imposer une obligation qu'il considère comme mal fondée, ou qui voit violer ce qu'il croit être son droit, recourt à la force pour se rendre justice à lui-même. Ce système, évidemment nuisible à la paix sociale, va disparaître à mesure que les sociétés vont plus fortement s'organiser. L'évolution commencera par la création de procédures qui tendront à limiter le recours à la vengeance privée. Ce sera le stade du duel judiciaire ou des ordalies : Ici la puissance divine, qui est à la base de ces modes primitifs de solution des conflits, se manifestera, non plus en donnant la victoire à celui qui a pour lui le bon droit, mais en lui permettant de supporter les épreuves auxquelles son adversaire succombera. Puis, on arrivera au système du juge : C'est tout d'abord un personnage choisi pour ses connaissances ou pour ses qualités morales, le plus souvent un prêtre, directement inspiré par la divinité. Ce peut être également celui qui dispose d'une force matérielle suffisante pour faire appliquer sa sentence ; car le plaideur ne se soucie pas tant de voir reconnaître son droit que de le voir mis à exécution, de pouvoir en tirer profit. Ce double souci, de faire rendre le droit par un personnage compétent et impartial, et d'assurer l'application de la sentence qu'il rendra conduit à la solution moderne : Le juge est un individu spécialisé (20) qui a dû satisfaire à certaines conditions d'aptitude, c'est d'au-

(20) Cette spécialisation sera réalisée plus ou moins complètement suivant qu'il s'agit d'une branche du Droit plus ou moins évoluée. Ainsi elle est parfaite en droit privé, en droit administratif ce n'est que récemment et incomplètement que le juge a été distingué de l'administrateur. Enfin, le droit ouvrier, qui est le plus récent, connaît encore les prudhommes et les arbitres qui ne sont juges qu'occasionnellement.

tre part un agent de l'Etat qui, dans la société moderne, dispose seul d'une puissance matérielle incoercible, et qui va prêter main-forte, le cas échéant, à l'exécution de la sentence. Cette réalisation matérielle de la décision juridictionnelle est, en effet, essentielle au maintien de la paix sociale. Que les individus voient l'Etat refuser de prêter main-forte à l'exécution des jugements, et ils cesseront d'avoir recours à la justice étatique ou ils assureront eux-mêmes la réalisation de ses décisions. Il y aura un retour, au moins partiel, à la justice privée, avec tous ses désavantages. Le danger n'est pas, d'ailleurs, purement théorique. L'on sait que depuis plusieurs années des circulaires se multiplièrent pour ordonner aux agents d'exécution de ne pas prêter main-forte à l'exécution de certains jugements d'expulsion. On vit alors certains propriétaires attendre une absence momentanée de leur locataire pour enlever portes et fenêtres et rendre ainsi le logement inhabitable, remettant de la sorte en vigueur une ancienne voie d'exécution. (21)

L'analyse juridique de l'acte juridictionnel va refléter ces considérations pratiques. Il se caractérise, en effet, par son but qui est de mettre fin à un litige, par ses effets en ce qu'il possède une efficacité particulière. Nous allons examiner brièvement chacun de ces points.

L'acte juridictionnel a pour origine une contestation juridique. Un individu, agent public ou particulier, prétend avoir compétence pour réaliser une certaine activité. Un autre individu lui dénie cette compétence. Il faut, dès lors, recourir au juge.

(21) V. Donval : « Le refus des autorités publiques de déférer à la formule exécutoire ». Thèse, Rennes, 1939, p. 61, note 2.

Il n'est donc pas nécessaire, pour qu'il y ait contestation, qu'il y ait litige entre deux parties, demandeur et défendeur. Cette situation se produit sans doute dans les procès de Droit privé, mais le contentieux administratif connaît des instances où apparaît un seul plaideur. Dans le recours pour excès de pouvoir, un administré conteste la légalité d'un acte administratif, c'est-à-dire qu'il prétend que son auteur n'avait pas compétence pour le faire ou qu'il en a usé irrégulièrement. Mais l'administration n'apparaît pas au procès, elle présente seulement des observations, mais elle n'est pas véritablement partie. Il y a néanmoins contestation puisqu'un individu déclare irrégulier l'exercice d'une compétence et refuse de s'y soumettre.

L'exigence d'une contestation à la base de l'acte juridictionnel explique que le juge ne puisse se saisir lui-même. Quand bien même un acte serait irrégulier, le juge n'a pas à en connaître tant que ne s'est pas manifestée une opposition à cet acte. En effet, il n'y a pas alors contestation, il n'y a pas situation contentieuse et il vaut mieux pour la paix sociale maintenir cet acte que de soulever cette contestation. (22)

(22) Nous avons reconnu à la promulgation le caractère juridictionnel, bien que le Président y procède d'office et qu'il n'y ait donc pas véritable contestation sur la constitutionnalité de la loi. Nous avons vu, d'ailleurs, combien la détermination de la nature juridique de cet acte soulevait de discussions. Cette difficulté vient, croyons-nous, du fait que la promulgation résulte d'un compromis entre deux conceptions : d'une part, la doctrine républicaine qui répute la loi parfaite et définitive par le vote des chambres, d'autre part, la doctrine monarchiste qui fait participer le souverain à la confection des lois, par le jeu de la sanction. L'influence de cette deuxième conception ne peut-elle pas justifier le caractère spontané de la promulgation ?

D'autre part, une fois réalisé, l'acte juridictionnel va se caractériser par les effets particuliers qu'il est seul à entraîner. On dit qu'il possède l'autorité de la chose jugée. Que faut-il entendre par cette expression ?

On peut tout d'abord affirmer que les agents publics sont tenus de prêter main-forte à la réalisation des décisions du juge. Mais, si important que soit ce point, il n'est pas spécial à l'acte juridictionnel. Toute décision, tout acte intervenus régulièrement entraînent cet effet. En effet, l'acte régulier est celui conforme à la Loi, à la règle de Droit. Son exécution contribue donc à sa réalisation. Et à celle-ci, tous sont intéressés et doivent collaborer, et particulièrement les agents publics, à raison de leurs fonctions et de leurs pouvoirs.

Mais l'acte juridictionnel possède un caractère véritablement particulier et qui contribue, plus que tout autre, à le caractériser : il apparaît comme définitif. Non seulement son auteur ne peut le retirer, mais il ne peut plus, à aucun moment, être remis en question par qui que ce soit. La contestation qui lui avait donné naissance est définitivement épuisée lorsqu'il est intervenu, elle ne peut plus être de nouveau soulevée. Ici encore, une considération pratique explique cette caractéristique : il faut que les procès aient une fin, puisqu'ils constituent un trouble dans la réalisation du Droit. Or, ils pourraient sans cesse renaître si la décision du juge n'était pas irrévocable. Sans doute celui-ci peut-il se tromper, mais il vaut mieux, pour le maintien de la paix sociale, déclarer en toute hypothèse que sa décision est juste et donc irrévocable (23). Des précautions

(23) Il n'en va autrement que dans le cas où la surveillance d'un fait nouveau, inconnu au moment où le juge a

sont d'ailleurs prises, dans l'Etat moderne, pour que cette hypothèse du bien jugé soit le plus étroitement possible en concordance avec la réalité. C'est à ce souci que correspondent l'exigence de conditions d'aptitudes pour remplir les fonctions de juge, l'existence d'une procédure minutieusement réglée, de l'appel, du recours en cassation.

L'autorité de chose jugée, c'est-à-dire le caractère définitif, est donc la caractéristique essentielle de l'acte juridictionnel. Mais on peut se demander à quels éléments de la sentence du juge elle s'applique et si celle-ci possède dans son ensemble le caractère d'acte juridictionnel.

C'est qu'en effet, l'analyse permet de distinguer dans cette sentence deux éléments distincts. Tout d'abord, et toujours, le juge fait une constatation, celle de la conformité ou de la non-conformité de la situation concrète qu'il envisage avec la règle de Droit. Il constate si l'utilisation de compétence qui est contestée a été, ou non, régulière. Puis, le plus souvent, à la suite de cette constatation, il prend une décision. Ainsi, il constate qu'un acte est irrégulier, puis il prononce son annulation, il constate qu'un individu possède une créance régulière sur un autre et il prononce la condamnation du débiteur. En bref, il prend la décision nécessaire pour mettre la situation concrète en conformité avec la Règle de Droit. Aussi, cette décision n'aura-t-elle pas toujours à intervenir, elle sera inutile dans tous les cas où cette conformité existait déjà, c'est-à-dire

rendu sa décision, permet de contester celle-ci. Dans cette hypothèse, le maintien de cette décision apparaîtrait comme inique et pourrait créer plus de trouble que son retrait. Il y aura alors lieu à « révision ».

dans tous les cas où la contestation a été soulevée à tort, où le demandeur est débouté.

L'autorité de chose jugée s'applique très certainement à la constatation puisque celle-ci est l'élément essentiel de l'acte juridictionnel. Doit-elle s'attacher également à la décision qui peut suivre ? Les opinions doctrinales en la matière sont partagées.

Ainsi, pour M. Jèze (24), seule la constatation a le caractère juridictionnel. « Il n'y a acte de juridiction proprement dit que là où le juge a pour mission de faire une constatation avec force de vérité légale. Il faut faire abstraction de la décision complémentaire. En effet, en prenant celle-ci, c'est-à-dire en tirant les conséquences de la constatation préalablement faite, « le juge revêt un autre caractère, il fait un acte ou des actes ayant une nature différente de la constatation première, il fait des actes dont la nature juridique est identique à celle d'actes accomplis par d'autres que des juges, par des agents administratifs. » Il résulte de cette conception que seule la constatation possède évidemment l'autorité de la chose jugée.

Pour Duguit, bien au contraire, le lien entre constatation et décision est la caractéristique même de l'acte juridictionnel. « Si l'on rattache, dit-il (25), l'acte du juge (la décision) à ce qui le précède (la constatation), si l'on comprend qu'il forme avec l'élément antécédent un tout logique, absolument

(24) « L'acte juridictionnel », in R.D.P. 1909, p. 166 et s. Dans « Les principes généraux du droit administratif », 3^e éd., T.I, p. 48, le même auteur donne la définition suivante : « l'acte juridictionnel est la manifestation de volonté, en exercice d'un pouvoir légal, qui a pour objet de constater une situation juridique, ou des faits, avec force de vérité légale ».

(25) « Traité », 2^e éd., T.2, p. 310.

indivisible, il paraît bien qu'on doit reconnaître qu'il possède un caractère spécifique qui le distingue au point de vue matériel bien nettement de acte administratif ». (26)

Duguit revient d'ailleurs à plusieurs reprises sur cette définition. Ainsi il affirme « qu'en disant que la décision du juge est la conséquence logiquement nécessaire de la solution donnée à la question de droit, on établit bien un caractère matériel de l'acte juridictionnel, puisque la volonté de l'agent n'y apparaît pas avec le même caractère que dans un acte juridique ordinaire et notamment dans un acte administratif. (26)

Cette conception n'a pas été sans soulever de critiques, particulièrement de la part de M. Jèze (27). Il faut, pour la juger, la considérer à deux points de vue différents. Cette analyse de l'acte juridictionnel suffit-elle à le caractériser ? Est-elle d'ailleurs véritablement justifiée ?

Sur le premier point, M. Jèze a justement montré qu'il n'y avait pas là un critère suffisant pour caractériser l'acte juridictionnel. En effet, on peut tout d'abord se demander si le mode de volition de l'agent peut être retenu pour caractériser l'acte qu'il accomplit, car ce qui importe, c'est non la manière dont l'acte a été conçu, mais les effets qu'il emporte. Et, d'autre part, à supposer que l'on doive s'arrêter à l'examen de cet acte de volonté, il n'apparaît pas comme caractéristique. Il y a, dit Duguit, raisonnement par voie de syllogisme : « la majeure étant le rappel de la règle de droit, la mineure la

(26) « Traité », 2^e éd., T.II, § 28, p. 321.

(27) M. Jèze, art. précité, in R.D.P. 1909, p. 673, et « Principes généraux du Droit administratif », 3^e éd., T.I, p. 51, note 2.

constatation, soit d'un acte, soit d'un fait contraire à cette règle, soit d'une situation de droit créée conformément à cette règle, et la conclusion étant une décision qui est la conséquence nécessaire et logique de la constatation. » (28). Mais ce raisonnement pourra être utilisé, non seulement par le juge, mais encore par certains agents administratifs ; c'est en particulier le cas chaque fois que l'on se trouve devant une hypothèse de compétence liée. Ainsi le maire qui examine une demande d'admission à l'entrepôt à domicile, considère quelles sont les conditions posées par la Loi à cette admission, voit si le requérant les remplit ou non et prend sa décision en conséquence. Duguit a tenté de réfuter cette objection, mais son argumentation apparaît singulièrement confuse. « Les rôles de l'administrateur et du juge sont bien différents... Le juge est chargé de constater le fait ou la situation et d'en tirer logiquement la conséquence. Sa constatation, d'après la formule de Jèze, a force de vérité légale et la décision qui en résulte logiquement est compétemment rendue, alors même que sa constatation est erronée. Le sous-préfet, le maire, le préfet... ne sont pas chargés de constater la situation de l'administré, ils sont chargés d'accorder ou de refuser le permis ou l'autorisation demandée, mais ils ne sont compétents pour les refuser que si l'administré se trouve dans une certaine situation. Si la constatation qu'ils en font est erronée et que l'administrateur ait agi conformément à cette constatation erronée, il a agi incompétemment et sa décision, concession, ou refus d'autorisation est susceptible d'un recours con-

(28) R.D.P. 1906, p. 450, in « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », p. 413 et suiv.

tentieux, d'une annulation. » (29). Mais qu'est-ce à dire, sinon que la décision du juge, se caractérise uniquement par son caractère définitif, par l'autorité de la chose jugée ?

Mais si l'analyse logique de l'opération de volonté faite par l'agent, n'apparaît pas comme suffisante pour caractériser l'acte juridictionnel, elle n'en reste pas moins exacte. Il y a bien entre constatation et décision un lien étroit de causalité, puisqu'une fois faite la constatation, le juge ne peut pas ne pas prendre une certaine décision. Aussi, nous semble-t-il impossible de séparer ces deux éléments.

Nous avons déjà vu, qu'en fait, ce qui importe au maintien de la paix sociale, c'est l'exécution des décisions prises par le juge, et non pas seulement les constatations qui les ont précédées (30). D'autre part, du point de vue technique, la fonction juridictionnelle apparaît comme incomplète, si on la limite à la seule constatation. Ce n'est pas qu'il faille dire que celle-ci est sans effet dans le monde du droit : elle a toujours celui de supprimer la contestation et

(29) « Traité », 2^e éd., T.II, p. 333.

(30) M. Jèze déclare d'ailleurs (art. précité, p. 677) : « Pratiquement, les recours ne tendent pas seulement à la constatation avec force de vérité légale. Ils tendent aussi aux décisions qui en découlent logiquement. En fait, on arrive même à perdre de vue l'élément essentiel : la constatation pour ne considérer que les conséquences de cette constatation. » Dans les « principes généraux... », 3^e éd., T.I, p.276, il ajoute : « Les agents publics d'exécution, huissiers, agents de la force publique, ont le devoir de tenir la constatation faite par le juge, soit au civil, soit au criminel, comme la vérité légale... A vrai dire, pour ces agents d'exécution, ce n'est pas la constatation faite par le juge qui compte, c'est la décision prise par le juge comme conséquence de la constatation. »

d'empêcher tout nouveau litige sur le même point. Mais, dans la plupart des cas, la constatation doit être complétée par sa conséquence logique, la décision. Si on se refuse à reconnaître à celle-ci le caractère juridictionnel, il apparaît donc que la fonction juridictionnelle doit être le plus souvent complétée par l'intervention de la fonction administrative. Elle cesserait donc de se suffire à elle-même : conception que M. Bonnard déclare justement inadmissible (31). Il faut donc affirmer que l'acte juridictionnel constitue un ensemble, un tout, où l'analyse peut bien distinguer deux éléments, mais qui sont étroitement liés. L'autorité de la chose jugée doit donc s'appliquer, tant à la constatation qu'à la décision, puisqu'il est impossible de séparer ces deux éléments d'un même acte.

L'analyse juridique conduit donc aux mêmes conclusions que les considérations pratiques que nous avons antérieurement examinées. Il importe à la paix sociale, et il faut logiquement que les décisions du juge reçoivent application. Les agents publics doivent donc, en dehors de tout texte spécial, leur imposant cette obligation, prêter main-forte à l'exécution des jugements. Il y a là pour eux une étroite obligation fonctionnelle. Celle-ci va d'ailleurs se trouver affirmée par la formule exécutoire qui termine les expéditions des jugements. Quelle est l'utilité de cette formule ?

(31) « Le contrôle juridictionnel de l'Administration », Paris, Delagrave, 1934, p. 83, in fine, et 84 ; et « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in « Mélanges Carré de Malberg ». Paris, Sirey, 1933, p. 3-29, particulièrement p. 24.

§ 2. — *La formule exécutoire*

Une fois le jugement prononcé et bien qu'il soit dès lors parfait, et que les agents d'exécution soient tenus de prêter main-forte à son exécution, on va voir, néanmoins, le pouvoir exécutif intervenir en la personne du Président pour ordonner cette exécution. En effet, et c'est là le fruit d'une longue tradition, l'expédition du jugement va être revêtue d'une formule, d'un mandement, adressé par le Président aux agents. Rappelons celle qui avait été fixée par le décret du 2 Septembre 1871, article 2, pour les jugements des Tribunaux judiciaires : « En conséquence, le Président de la République Française mande et ordonne à tous huissiers à ce requis de mettre ledit arrêt (ou jugement ou mandat de justice) à exécution ; aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les Tribunaux de première instance, d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique d'y prêter main-forte quand ils en seront légalement requis. » Des formules de même nature étaient prévues pour les décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux (L. 25 Mai 1872, art. 24. Règlement du 2 Août 1879, art. 25) pour la Cour des Comptes (Décret du 28 Septembre 1807), pour les conseils de contentieux des colonies (Décret du 5 Août 1881).

Malgré la netteté de ses termes, on ne saurait voir dans cette formule le fondement du devoir des agents de collaborer à l'exécution des jugements. Nous avons vu, en effet, que ce devoir préexistait à l'apposition de la formule et ressortait de la nature même de la fonction juridictionnelle. Quelle est

donc l'utilité de cette formule ? Il faut y voir uniquement, croyons-nous, une conséquence du principe politique de la séparation de l'Administration active et des juridictions tant administratives que judiciaires, principe qui vise à interdire à ces juridictions de donner des instructions, quelles qu'elles soient, aux agents d'exécution. Nous verrons plus loin combien ce principe, contestable en sa base même qui n'est autre qu'une conception absolue de la séparation des pouvoirs, est inadmissible en ses conséquences. A ce motif politique, se joint une cause historique : En effet, de tous temps, les décisions des tribunaux furent ainsi revêtues d'un ordre adressé aux agents. Sous l'ancien régime, ce système correspondait à une nécessité : En effet, faute d'unité nationale, il n'y avait pas alors de devoir de collaboration entre les agents des différents services. Et les jugements des tribunaux ne pouvaient avoir d'effet hors de la circonscription territoriale où s'étendait leur compétence. L'apposition d'un ordre donné par le chef des organes d'exécution permettait d'en obtenir l'application hors de cette circonscription. Ainsi l'apposition de la formule au nom du Roi rendait le jugement exécutoire sur toute l'étendue du Royaume.

Fondée sur des motifs ou disparus ou erronés, la formule exécutoire ne saurait donc avoir de véritable utilité. En fait, la manière dont elle est apposée trahit assez combien elle n'est plus qu'une formalité purement théorique. En effet, ce n'est pas le Président lui-même qui appose la formule, il ne saurait d'ailleurs suffire à cette tâche. L'apposition est donc faite en son nom par les greffiers des cours et tribunaux, et ceux-ci ont, à cet égard, une compétence strictement liée. D'autre part, l'absence d'utilité de la formule exécutoire ressort encore plus

nettement du fait que certains actes de nature évidemment juridictionnelle, puisqu'il s'agit des décisions des Conseils de Préfecture, en sont dépourvus. Et cette absence ne saurait évidemment empêcher ces décisions d'être exécutoires. La Doctrine et la pratique en avaient unanimement décidé ainsi avant même qu'intervienne la loi du 22 Juillet 1889 qui dispose, dans son article 49, que « les décisions des conseils de préfecture sont exécutoires et emportent hypothèque ». (32)

Il faut donc affirmer que ce n'est nullement en raison de l'ordre émanant du Président que les agents d'exécution doivent collaborer à la réalisation des décisions juridictionnelles. Cet ordre ne fait que constater l'existence d'un devoir qui lui est antérieur. Dès qu'est achevé l'acte juridictionnel, c'est-à-dire dès qu'est intervenue la décision, les agents sont tenus de prêter main-forte par tous les moyens en leur pouvoir, à l'exécution de celle-ci. L'existence de ce devoir est d'ailleurs certaine, quel que soit le tribunal dont émane la décision. Il existe ainsi, en particulier, pour les décisions des tribunaux répressifs, bien qu'elles puissent être modifiées par le Président usant de son droit d'accorder des grâces.

§ 3. — *Le droit de grâce*

L'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 Février 1875, reconnaît au Président de la République,

(32) La discussion doctrinale antérieure à cette loi est rapportée par Laferrière : « Traité de la Juridiction administrative », 2^e éd., 1896, T. I, p. 379.

le droit d'accorder des grâces. Bien que le droit positif ne s'y étende pas plus longuement, les conditions dans lesquelles elles peuvent être accordées, pas plus que les effets qu'elles entraînent, ne soulèvent de contestations.

L'acte de grâce est celui par lequel le Président atténue ou supprime les peines prononcées par les tribunaux répressifs. La compétence reconnue au Président est pleinement discrétionnaire. La Loi, en effet, ne pose pas de condition préalable à l'octroi d'une grâce ; les avis dont peut s'entourer le Président sont purement consultatifs. Enfin, le Conseil d'Etat affirme que : « Les actes accomplis par le Chef de l'Etat, dans l'exercice du droit de grâce, ne sont pas susceptibles de lui être déférés par la voie contentieuse. (30 Juin 1893, *Gujel*, S.1895.3.41, avec une note d'Hauriou). La seule formalité requise reste donc, comme pour tous les actes présidentiels, le contre-seing ministériel.

Les effets de la grâce sont également certains. Elle adoucit ou supprime la peine principale, mais elle n'infirmes pas la condamnation, qui subsiste avec toutes ses autres conséquences. C'est ainsi qu'elle sera inscrite au casier judiciaire, qu'il en sera tenu compte en vue de la rélégalion ou en cas de récidive. Enfin, les incapacités qui frappaient le condamné subsisteront, sauf l'interdiction légale qui disparaît avec la peine principale qui l'entraînait.

Cette compétence doit-elle être considérée comme une attribution normale du Président, chef des agents d'exécution ? Ou au contraire doit-elle être considérée comme une prérogative exorbitante de ses fonctions normales et n'existant alors que pour autant qu'elle est consacrée par un texte formel ? Il faut, pour résoudre cette question, examiner si la

grâce constitue ou non une réformation, au moins partielle, du jugement de condamnation.

La solution va différer parmi les auteurs, selon qu'ils considèrent la décision comme faisant partie de l'acte juridictionnel ou qu'au contraire ils limitent celui-ci à la seule constatation de la culpabilité.

C'est ainsi que pour M. Jèze (33) la grâce ne modifie en rien le jugement intervenu, puisque celui-ci se limite à cette constatation. Or, celle-ci, nous l'avons vu, n'est pas atteinte par l'acte de grâce : elle subsiste pleine et entière, avec toutes ses conséquences autres que l'application de la peine principale elle-même. Aussi, M. Jèze considère-t-il l'octroi des grâces comme une attribution normale du chef de l'Etat. Il se borne, en effet, en les accordant, à modifier les statuts fixés par des décisions qui ont le caractère d'actes administratifs. Hauriou, dans sa note sous l'arrêt *Gujel* précité, adopte une position analogue. « L'exécution des peines n'est point matière judiciaire. C'est une pure attribution d'ordre exécutif. C'est au nom du chef de l'Etat que les actes judiciaires ou notariés deviennent exécutoires ; c'est en son nom et par sa promulgation que les lois deviennent exécutoires. Cette exécution-là fait partie du pouvoir exécutif, au même titre que les autres, par cela seul que le Chef de l'Etat a la disposition de la force publique. »

M. Barthélémy, parti de cette même conception de l'acte juridictionnel, conclut dans le même sens. Mais il pousse le raisonnement jusqu'à des conclu-

(33) Jèze : « L'acte juridictionnel », in R.D.P. 1909, p. 675 et suiv. Dans le même sens : « Principes généraux... », 3^e éd., T. I, p. 51.

sions qui nous paraissent inacceptables (34). Le gouvernement, dit-il, a pour mission d'assurer l'ordre et la sécurité. Il est, pour ce faire, armé du droit de punir ceux qui pourraient les troubler. Mais ce droit d'infliger des peines n'est pas discrétionnaire. Il est limité par certaines conditions : Il faut que la peine ait été prévue par la Loi, que le Juge ait vérifié la culpabilité de l'individu poursuivi et fixé un maximum de peine. Mais, son droit de punir une fois vérifié, le gouvernement n'est pas obligé d'en user. Il peut, s'il le juge utile pour la paix sociale, ou bien déclarer formellement qu'il entend y renoncer : c'est le droit de grâce ; ou laisser en fait le jugement inexécuté : cette abstention du droit d'appliquer la peine devant s'analyser comme une grâce tacite. Ainsi, puisque le jugement n'est que la vérification de la légalité du droit de punir, le gouvernement, lorsqu'il n'en use pas, ne viole pas ce jugement. « Pas plus que ne le viole le particulier qui, ayant obtenu un jugement, s'abstient, par humanité, ou pour tout autre motif, de faire saisir son débiteur ; pas plus que ne viole le jugement celui qui, ayant fait constater une servitude « *aquae hauriendae* », s'abstient cependant d'aller puiser de l'eau chez son voisin. » Cette conclusion nous paraît incompatible avec la notion même de compétence de droit public. L'exercice de celle-ci, loin de constituer un droit pour l'agent qui en est investi, constitue pour lui une étroite obligation. Le gouvernement n'a donc, en aucun cas, le droit à punir. Il a le devoir de le faire quand la Loi est violée. Cette assimilation de la compétence de l'agent public et du droit subjectif du particulier nous paraît, avec les conséquences

(34) « A propos de l'exercice du droit de grâce », in R.D.P., 1909, p. 537 et suiv.

qui en découlent : droit de renoncer à l'exercice de la compétence ou de la déléguer, contraire aux principes les plus sûrs de notre Droit Public.

Nous avons déjà exposé comment la décision consécutive à la constatation faite par le juge, nous apparaissait comme faisant partie intégrante de l'acte juridictionnel. Aussi, l'acte de grâce, qui modifie l'essentiel de cette décision, constitue-t-il, croyons-nous, une modification véritable du jugement (35). Or, celui-ci a pour caractère essentiel l'immutabilité. Il faut donc considérer que l'acte de grâce vient en contradiction des principes mêmes du Droit, puisqu'il porte atteinte à ce caractère définitif. Il faudrait, pour conclure autrement, considérer que les décisions du juge ne sont pas définitives par elles-mêmes et qu'elles ne le deviennent qu'après qu'est intervenue la décision du Président. Une telle argumentation est certainement insoutenable. On ne peut, en effet, reconnaître à l'acte de grâce un caractère juridictionnel : rappelons que le Président n'est pas obligé juridiquement de statuer sur un recours en grâce, que d'autre part, il peut toujours revenir sur une première décision, au moins en ce sens qu'il peut accorder une nouvelle réduction de peine à un premier bénéficiaire. (36)

Le droit d'accorder des grâces doit donc être considéré comme une prérogative exceptionnelle du Chef de l'Etat. Quelle en est donc la justification ? Les arguments en faveur du droit de grâce, sont multiples et connus : utilité de faire l'oubli sur cer-

(35) En ce sens, Duguit, puisque, à ses yeux, le lien entre constatation et décision est caractéristique de l'acte juridictionnel. « Traité », 2^e éd., T.II, p. 250 et suiv.

(36) V. néanmoins, en sens contraire, Rulleau : « De la grâce en Droit Constitutionnel », Thèse, Bordeaux, 1911.

tains coupables, désir d'organiser une répression plus douce, plus équitable ; nécessité de pallier, en présence de certaines circonstances exceptionnelles, les lacunes inévitables de la loi pénale. Mais ce ne sont là que les causes humaines et médiates. La cause juridique du droit de conférer des grâces, ne peut être, puisque cette attribution est en contradiction avec les principes généraux du droit (37), que la disposition du droit positif qui la consacre. Il s'en suit qu'elle ne peut être exercée que dans les limites et les formes prévues par ce droit positif. Cette constatation pourra apparaître comme de peu d'intérêt, puisque la loi du 25 Février 1875 n'a nullement conditionné l'octroi des grâces par le Président. On peut, cependant, en tirer une conclusion qui intéresse directement notre étude. Comme les jugements civils, les jugements en matière pénale, sont obligatoires pour les agents d'exécution. Sans doute, le Président peut-il, en accordant une grâce, modifier certains de leurs effets, mais dans tous les

(37) Il en était autrement dans les régimes de monarchie absolue où tous les pouvoirs étaient réunis entre les mains du souverain. Celui-ci pouvait alors, dans un cas particulier, suspendre l'application d'une loi (droit de dispense) ou d'un jugement (droit de grâce) puisqu'il était législateur suprême et que toute justice émanait de lui. Dans les régimes républicains, ce n'est que par survivance historique et pour rehausser le prestige du chef de l'Etat que le droit de grâce lui est généralement reconnu. Mais il est alors, ainsi que nous nous sommes efforcés de le démontrer au texte, en contradiction avec les principes de la supériorité de la loi et de l'immutabilité des décisions de justice. Certains proposaient d'ailleurs de confier le droit d'accorder des grâces à une commission dont les avis eussent été obligatoires. D'autres estimaient que c'eût été là créer un nouveau et inutile degré de juridiction et proposaient purement et simplement la suppression du droit de grâce.

cas où cette grâce n'intervient pas formellement, l'exécution du jugement doit être poursuivie. Nous ne saurions donc adhérer à ces thèses qui approuvent en droit la suspension de fait de cette exécution par le gouvernement. Notion contraire au droit, consacrée en raison de souvenirs historiques et d'avantages pratiques, la grâce ne doit, en aucun cas, être présumée.

CHAPITRE II

LA JURISPRUDENCE

L'étude des textes nous a permis de déterminer, d'une manière générale, l'attitude du gouvernement devant les lois et les jugements. Nous avons vu ainsi que ceux-ci possédaient leur valeur juridique avant qu'il ait à intervenir, et qu'il apparaît donc essentiellement comme un agent d'exécution. Mais la brièveté de ces textes ne permet pas d'aboutir aux solutions nuancées qu'exige le problème de la compétence discrétionnaire. Il nous faut maintenant rechercher non plus si le gouvernement doit appliquer la loi ou le jugement, mais comment se réalise, devant une loi ou un jugement déterminés, cette obligation.

C'est par le jeu des différents services publics que se réalise l'action gouvernementale. L'application par le gouvernement d'une loi, d'un jugement, va ainsi exiger le fonctionnement de certains services publics, l'activité de certains agents. Dans quelle mesure le déclenchement de ce fonctionnement, de cette activité s'impose-t-il comme une obligation légale ? Nous allons donc avoir à étudier les hypothèses où la jurisprudence consacre les obligations de faire à la charge de l'administration : car, s'il est vrai que le juge ne crée pas le droit, et ne fait que le constater, il n'en reste pas moins que l'obligation légale n'est effective que tant qu'elle est sanctionnée par un contrôle juridictionnel.

Mais une étude jurisprudentielle de la compétence discrétionnaire est-elle possible ? La nature du contrôle juridictionnel n'est-elle pas de porter sur des questions de pure légalité, alors que la compétence discrétionnaire consiste à apprécier l'opportunité d'une mesure ? Et ne faut-il pas alors, pour permettre au juge de contrôler l'exercice de cette compétence, le faire sortir de son véritable rôle, et faire de lui le supérieur hiérarchique de l'administration active ? Conception d'ailleurs volontiers acceptée dans les pays anglo-saxons et accueillie en France par certains auteurs. Ainsi, le doyen Hauriou affirme : « Le recours pour excès de pouvoir revient à ce qu'il fut toujours essentiellement, un moyen de bonne administration, et il y revient par le pouvoir d'appréciation qui est inséparable de l'administration active. Le conseil d'Etat reprend du coup son véritable rôle, qui est non pas celui d'un juge chargé uniquement d'assurer l'application des lois, mais celui d'un juge chargé d'assurer la bonne administration. » (1)

Mais il n'est pas besoin de recourir à une telle interprétation, pour admettre, sinon le contrôle, du moins la limitation par le juge du domaine de la compétence discrétionnaire. Car, ainsi que nous l'avons déjà noté, cette dernière notion a évolué. On la conçut, à son origine, comme la liberté complète de l'administration en certaines matières : police, discipline intérieure des services publics, nominations de fonctionnaires, permissions, autorisations. Dans toutes ces matières, le juge ne pouvait

(1) Note sous C.E. 29 Mars 1901. *Casanova*. S. 1901.3.73.

Dans le même sens : Marc Noël : « Contenu et valeur des motifs par rapport au dispositif ; in R.D.P. 1924, p. 350.

intervenir. Était-il saisi d'un recours, qu'il déclarait qu'il s'agissait là d'actes insusceptibles d'être déférés à la juridiction contentieuse. Il était donc alors impossible de faire une étude jurisprudentielle de l'acte discrétionnaire. Le rôle du juge se bornait à déterminer quelles étaient ces matières non contentieuses. Depuis la fin du xix^e siècle, une meilleure analyse de l'acte administratif et le souci de développer le contrôle juridictionnel de l'administration ont conduit à abandonner cette opinion. L'unanimité de la doctrine en est venue à considérer qu'un élément de libre appréciation va exister dans l'élaboration de tout acte administratif. Si bien qu'on ne peut plus parler d'actes qui seraient ou non discrétionnaires, mais que l'on doit déterminer dans l'exercice de toute compétence dans quelle mesure elle est liée et dans quelle mesure elle reste discrétionnaire. Hauriou déclare ainsi : « Il n'y a pas d'actes discrétionnaires, il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l'administration qui se retrouve plus ou moins dans tous les actes et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives... Il y a des actes où la question d'opportunité a plus d'importance que dans d'autres, mais il n'y a pas d'actes où, à côté de la question d'opportunité, on ne puisse soulever des questions de légalité ou même de moralité administrative : Or, la légalité et la moralité administrative ne sont pas discrétionnaires, elles sont obligatoires. » (2)

La conséquence de cette évolution doctrinale va être de soumettre désormais au contrôle juridiction-

(2) Note sous l'arrêt *Grazielli*, C.E., 31 Janvier 1902, S. 1903.3.113.

nel, toute espèce d'acte administratif. Le juge ayant ainsi à déterminer dans quelle mesure est liée la compétence d'un agent à faire un certain acte, détermine donc, par voie de conséquence, dans quelle mesure elle reste discrétionnaire. L'étude de la jurisprudence présente donc une importance primordiale pour déterminer les limites positives de la compétence discrétionnaire des différents agents. (3)

SECTION I

L'APPLICATION DES LOIS

C'est, avons-nous dit, par le fonctionnement des services publics que se réalise l'activité gouvernementale. C'est donc en affirmant l'obligation de faire fonctionner certains services publics à leur profit que les administrés vont pouvoir exiger cette application des lois. De quels moyens disposent-ils pour faire constater ces obligations d'agir de l'administration ? Dans quelles hypothèses la jurisprudence affirme-t-elle cette obligation ? Nous allons examiner successivement ces deux points.

SOUS-SECTION I. — LES VOIES DE RECOURS OUVERTES AUX ADMINISTRÉS

L'administré va disposer de différents recours tant devant les tribunaux administratifs que devant les tribunaux judiciaires.

(3) Le doyen Duez déclare ainsi : « Pour moi, le problème du pouvoir discrétionnaire est principalement lié à la question des limites du contrôle du juge ». In « Annuaire de l'Institut International du Droit Public », 1935, p. 299.

Devant les tribunaux administratifs. — Il s'agit, nous l'avons-dit, de faire constater une obligation légale de l'administration. L'administré qui prétend exiger le fonctionnement d'un service public pourra donc tout d'abord user du recours pour excès de pouvoir ; procédé-type du contrôle de la légalité de l'action administrative.

Comment va se présenter ici ce recours pour excès de pouvoir ? On sait qu'il n'est possible que contre une décision exécutoire émanant d'un organe administratif. Or, il s'agit, en notre matière, d'abstentions. Mais la difficulté qui pouvait naître de ce caractère négatif de l'acte n'existe plus depuis que le législateur a assimilé le silence gardé pendant quatre mois sur une réclamation à une décision implicite de rejet. Dès lors, le particulier, qui voit l'administration se refuser à assurer le fonctionnement d'un service public, lui demandera de revenir sur cette décision. Il attaquera ensuite, au moyen du recours pour excès de pouvoir, le refus exprès ou tacite opposé à sa demande.

Dans le cas d'un service public en régie le recours pour excès de pouvoir sera intenté contre la décision émanant du chef de service ou de son supérieur hiérarchique au cas où il aura été préalablement formé un recours hiérarchique.

Dans le cas où le service public dont l'administré entend user est exploité par une unité administrative décentralisée, le système de la tutelle administrative permettra également à l'intéressé d'attaquer la décision par laquelle l'autorité de tutelle se refuse à intervenir pour imposer le fonctionnement demandé du service public.

Enfin, au cas où il s'agit d'un service public concédé, l'administré ne peut évidemment pas attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir, le refus

opposé à sa demande par le concessionnaire ; ce dernier n'est pas, en effet, une autorité administrative, mais il pourra demander à l'agent chargé de contrôler son activité, d'obliger le concessionnaire à satisfaire à ses prétentions. Au cas où l'administration n'acquiescerait pas à cette demande, le recours pour excès de pouvoir serait alors possible contre cette décision de refus émanant d'une autorité placée dans la hiérarchie administrative. (C.E. 21 Décembre 1906. *Croix de Séguez-Tivoli*, S. 1907. 3.33). Notons que dans cette hypothèse de service concédé, le recours sera moins efficace que dans celle d'un service en régie : en effet, le conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir ne se reconnaît pas le droit d'interpréter les clauses litigieuses du contrat de concession (C.E. 27 Novembre 1935, *Baudoin*, R., p. 1105), le recours n'aboutira donc pas dans toutes les hypothèses où il ne s'appuie pas sur une clause explicite du contrat. (4)

Mais la seule annulation de la décision de refus de l'admettre au bénéfice du fonctionnement d'un service public pourra être insuffisante pour l'usager, lorsque ce refus lui aura causé un préjudice certain. C'est alors vers le contentieux de pleine juridiction qu'il se tournera pour obtenir une indemnité pécuniaire. Nous verrons postérieurement dans quelles conditions la jurisprudence consacre cette responsabilité de l'administration pour refus d'application de la loi.

(4) V. C.E., 22 Juillet 1927. *Syndicat des Employés et Contremaîtres des secteurs électriques de la Seine...* S.1929.3. 86 : « Considérant que les dispositions (du contrat de concession) dont les syndicats requérants réclament l'application n'ont pas un sens clair et précis et nécessitent une interprétation qu'il n'appartient qu'au juge du contrat de donner. ». Rapporté au Dalloz, 1928.3.41, avec une note de M. Waline.

Au cas où le particulier met en cause le fonctionnement d'un service public concédé, une jurisprudence contestable en ces principes, mais constante (sous réserve d'une évolution antérieure que nous retrouverons bientôt) lui permet d'exiger, devant le juge du contrat, c'est-à-dire normalement le conseil de préfecture, l'exécution des clauses en sa faveur du contrat de concession. La jurisprudence reconnaît la possibilité d'un tel recours tant au personnel du service public concédé (C. E. 22 Juillet 1927, *Syndicat des Employés...* précité) qu'aux usagers eux-mêmes (C. E. 29 Octobre 1926, *Gay*, S. 1928. 3.38).

Jurisprudence contestable en ses principes, avons-nous dit : elle repose, en effet, sur l'idée que le contrat de concession constitue en faveur du personnel du service et des usagers éventuels une stipulation pour autrui. La doctrine s'est toujours opposée à l'emploi en la matière de cette théorie civiliste (5). M. Laroque a d'ailleurs justement montré (6) que, fut-elle acceptable, cette explication ne saurait justifier le recours contre l'autorité concédante ; celle-ci se trouvant être, pour reprendre les termes classiques de l'analyse de la stipulation pour autrui, le stipulant, contre lequel il ne saurait, en principe, y avoir d'action. Or, c'est justement dans des hypothèses de recours contre l'administration concédante que le conseil d'Etat a recouru à cette doctrine. C'est là, sans doute, un nouvel exemple de la difficulté qu'il y a à faire rentrer les notions mouvantes du droit administratif dans les cadres étroitement définis du droit civil.

(5) Duguit, in R.D.P. 1907, page 431.

(6) Note sous C.E., 5 Novembre 1937, *Union hydro-électrique de l'Ouest Constantinois*, S. 1938.3.65.

Enfin, les textes ont organisé un certain nombre de recours spéciaux, utilisables en notre matière : ainsi l'article 123 de la loi du 5 Avril 1884, modifiée par la loi du 8 Janvier 1905, permet au contribuable d'exercer à ses risques et périls les actions que la ville pourrait avoir contre le concessionnaire d'un service municipal. En fait, ce recours est peu fréquemment usité, il n'est, en effet, ouvert qu'aux contribuables et contre les seuls services publics concédés par la commune, et surtout, les risques assumés par le requérant sont lourds et suffisent généralement à le dissuader. La jurisprudence de l'arrêt *Gay*, que nous avons exposée, achevait d'ôter tout intérêt à ce recours.

Devant les Tribunaux Judiciaires. — Quelles que soient la variété et l'efficacité des voies de recours dont dispose ainsi l'usager, elles ne constituent pas la seule protection que lui assure la loi. En effet, dans certaines hypothèses, il disposera, en outre, d'un recours devant le tribunal judiciaire.

Cette compétence des tribunaux judiciaires va se rencontrer, tout d'abord, au cas où l'usager du service public ne se présente plus comme un simple candidat à son fonctionnement, mais comme un co-contractant de l'administration. C'est l'hypothèse de l'individu qui a contracté une police d'abonnement à un service public industriel : service de distribution d'eau, de gaz, etc.... La jurisprudence constante des tribunaux judiciaires déclare qu'il s'agit là d'un contrat de droit privé, et que les contestations relatives à son application ressortissent de leur compétence. Les tribunaux administratifs eux-mêmes acceptent cette compétence judiciaire. (7)

(7) C.E., 6 Mai 1931, *Tondut*, S. 1931.3.81 : « Considérant que les conventions par lesquelles les communes con-

Précisons que cette jurisprudence ne s'applique qu'aux services publics à caractère industriel ou commercial. Au cas où il s'agit d'un service public concédé, la question de la reconnaissance de ce caractère ne souffre pas de difficulté : le service public concédé le présentant normalement avec une particulière netteté. Au cas de service public en régie, la jurisprudence est plus hésitante ; c'est ainsi que si au cas de services de distribution d'eau, de gaz, etc... la compétence judiciaire est certaine, il n'en va plus de même au cas de contrats passés avec l'administration des P.T.T., la compétence restant alors acquise aux tribunaux administratifs. (8)

En dehors même du cas où le particulier se présentait comme un co-contractant de l'administration, les tribunaux judiciaires avaient, depuis longtemps déjà, reconnu au simple usager éventuel, le pouvoir de citer devant eux le concessionnaire d'un service public pour l'obliger à contracter. Cette jurisprudence s'appuyait sur des théories civilistes : théories de l'offre ou de l'abus du droit : le concessionnaire, en prévoyant dans le contrat de concession, à quelles conditions les tiers pourraient être admis à contracter, fait ainsi une offre; il suffit donc

sentent des concessions d'eau à des particuliers sont des contrats de droit commun, que, par suite, la contestation née du pourvoi du sieur T..., en tant que ce pourvoi est dirigé contre le retrait d'une concession d'eau, se rattache aux conditions d'exécution d'un contrat de droit commun et ressortit à la juridiction judiciaire. » Dans le même sens : *Conflits*, 14 Mars 1941, *Vianès c. Commune de Sorgues*. R., p. 357. « Les conventions par lesquelles les communes consentent des concessions d'eau à des particuliers sont des contrats de droit privé. »

(8) Ricard : « Droit et Jurisprudence en matière de P.T.T. », T. I, n° 67, p. 207.

à un particulier de manifester l'intention de contracter pour que, dès lors, l'offre ne puisse plus être rétractée, et que le concessionnaire soit obligé de contracter. (9)

D'autres décisions recourent, pour expliquer cette obligation de contracter du concessionnaire, à la théorie de l'abus du droit. Le concessionnaire jouit d'avantages exorbitants du droit commun ; en particulier, il n'a pas à craindre de concurrents. Les usagers sont dès lors contraints de passer par son entremise. Aussi les tribunaux ont-ils le droit « d'apprécier si les conditions que la société concessionnaire prétend imposer aux tiers qui se trouvent obligés de s'adresser à elle, ne revêtent pas un caractère arbitraire et injustifié, constituant de sa part un véritable abus du monopole dont elle bénéficie » (10). Aussi, les particuliers, remplissant les conditions prévues par le contrat de concession, disposeront d'un recours devant les tribunaux judiciaires pour obliger le concessionnaire à contracter.

Nous avons vu que dans la même hypothèse, le conseil d'Etat admettait le recours devant le juge administratif du contrat (arrêt *Gay*). Par un arrêt du 5 Novembre 1937 (*Union hydro-électrique de*

(9) Tribunal de la Seine, 31 Mai 1879, *Compagnie Générale des Eaux*, c. *Jouanne* : « L'eau amenée dans chaque quartier est publiquement et réellement offerte au premier venu, ...en acceptant cette offre et en se déclarant prêt à subir toutes les conditions réglementaires, le premier venu doit donc être accueilli. » La Cour de Cassation approuva cette décision. Cass. 25 Juin 1884. S. 1885.1.201. Dans le même sens, Bordeaux, 8 Mars 1881, S. 1882.2.63.

(10) Dijon, 17 Mars 1913, S. 1919-12-105. Le tribunal de la Seine avait déjà affirmé, dans l'arrêt *Compagnie Générale des Eaux*, c. *Jouanne*, précité, que « le refus non motivé de traiter... constituerait un abus intolérable du monopole ».

l'Ouest Constantinois, précité), il a reconnu, au contraire, la compétence des tribunaux judiciaires. « Considérant que les conventions par lesquelles les concessionnaires s'engagent envers les particuliers à effectuer certaines installations en vue de la fourniture du courant sont des contrats de droit commun, que la contestation ci-dessus précisée qui se rattache à l'application des tarifs, objet même de ces contrats, ressortit à la compétence de l'autorité judiciaire. » Le haut tribunal fait donc dépendre la solution du problème de compétence de la nature du contrat éventuel qui interviendra entre l'usager et le concessionnaire. Quoiqu'il en soit de la validité de cette explication, il ressort de cette jurisprudence que le candidat au fonctionnement d'un service public concédé ne pourra sans doute plus agir devant les tribunaux administratifs. En effet, il faut y voir l'abandon de la jurisprudence de l'arrêt *Gay* (compétence du conseil de préfecture) et quant au recours pour excès de pouvoir, possible contre l'inaction de l'autorité administrative qui contrôle le concessionnaire, il cessera sans doute, lui aussi, d'être recevable. En effet, M. Laroque, dans sa note, remarque justement que le recours devant les tribunaux judiciaires assure au requérant une satisfaction plus complète, puisqu'elle permet la condamnation du concessionnaire et non pas seulement l'annulation de la décision de refus. Dès lors, la théorie du recours parallèle devra jouer et empêcher le recours pour excès de pouvoir. La jurisprudence n'a d'ailleurs pas eu, à notre connaissance, à se prononcer sur ce point depuis cet arrêt.

Enfin, un dernier recours s'ouvre à l'administré devant les tribunaux judiciaires, mais il n'est encore que théorique. Dans toutes les hypothèses où le refus d'assurer à cet administré le bénéfice du fonc-

tionnement d'un service public pourrait s'analyser en une faute personnelle de l'agent, un recours en indemnité serait possible contre celui-ci. Nous ne connaissons pas de décision jurisprudentielle dans cette hypothèse. Le particulier aurait d'ailleurs peu d'intérêt à intenter cette action, puisqu'il dispose des nombreux autres moyens de coercition que nous venons de passer en revue, sans qu'il lui soit imposé d'apporter d'autres preuves que celle de sa satisfaction aux conditions légalement requises pour obtenir le fonctionnement du service public.

SOUS-SECTION II. — LES HYPOTHÈSES
OÙ L'ADMINISTRATION EST TENUE D'AGIR

Connaissant maintenant les moyens dont disposent les particuliers pour faire reconnaître l'obligation d'agir de l'administration, il nous faut maintenant rechercher dans quels cas la jurisprudence la consacre. Nous poursuivrons cette étude du point de vue particulier, refus d'appliquer la loi à un individu isolé, au point de vue général, refus du gouvernement d'appliquer une loi dans son ensemble.

§ 1. — *Refus d'appliquer la loi à un particulier*

Dans de multiples hypothèses, les administrés vont se prévaloir de ce qu'ils satisfont aux conditions légales pour exiger le fonctionnement à leur profit d'un service public. C'est le cas de l'individu qui sollicite une autorisation administrative quelconque, la délivrance d'un permis de chasse, d'un alignement individuel, d'un permis de bâtir. C'est la multitude des hypothèses où l'administré réclame à l'administration la délivrance d'une pièce, d'un

récépissé. Dans toutes ces hypothèses, l'Administration est-elle ou non obligée de déférer aux demandes des administrés ? (11)

Le seul raisonnement semble devoir faire reconnaître alors à l'administration, un large pouvoir d'appréciation. La compétence discrétionnaire, en prenant cette notion dans son acception la plus générale, se justifie par le fait que le législateur, pour aussi minutieux qu'il puisse être, est incapable de prévoir toutes les situations de fait qui pourront se présenter à l'administration. Il faut donc laisser à celle-ci une certaine marge d'initiative qui lui permette de varier ses décisions en raison des éventualités concrètes. C'est évidemment dans le cas de l'application de la loi à un individu déterminé que cette explication est le plus aisément justifiable. Que l'administration ne puisse pas, dans un cas particulier, décider de son action ou de son abstention, et c'est alors en faire un simple organe d'exécution, dénué de toute faculté d'appréciation et d'adaptation. Elle n'est plus alors, selon l'expression de Duguit, qu'un automate. (12)

Et, en effet, la jurisprudence reconnaît à l'administration, dans ces cas où il s'agit de l'application de la loi à un particulier, une large indépendance. Prenons quelques exemples jurisprudentiels :

(11) Etudiant la matière de l'opportunité, nous nous limitons à l'examen des hypothèses où le refus de l'administration ne se justifie pas par des motifs de droit. C'est ainsi que nous n'aurons pas à étudier, malgré son intérêt, l'arrêt *Croix de Seguey-Tivoli*, précité. En effet, le refus d'intervention de l'autorité préfectorale contre un concessionnaire, soi-disant défaillant, se justifiait par ce qu'il n'y avait pas, en réalité, de violation du contrat de concession.

(12) « Traité... » 2^e éd. T.II, p. 301.

L'approbation d'une adjudication est discrétionnaire pour le préfet, quand bien même le soumissionnaire évincé aurait satisfait à toutes les conditions légales. (C.E. 14-7-1915, *Mazéré*, R., 244). Il en va de même de l'inscription d'office d'une certaine somme au budget d'une commune, fût-ce pour assurer le paiement d'une dette certaine (C.E. 26-6-1908, *Daraux*, S.1909.3.129, et note d'Hauriou). L'administration est également libre d'apprécier s'il convient d'infliger une peine disciplinaire à un agent fautif (C.E. 7-4-1916, *Azière*, R., 153). Citons encore l'octroi, par l'administration, de faveurs ou d'avantages. L'attribution de distinctions honorifiques (C.E., 7-5-1920, *Julien*, R., 448 ; 15-5-1914, *Boulade*, R., 587 ; 5-1-1924, *Liault*, R., 10), l'octroi d'une permission de voirie (V. Répertoire alphabétique Becquet. V° : voirie terrestre, n° 301).

Mais, pour si large que soit cette liberté d'absentement reconnue à l'administration, elle n'existe pas en toutes matières. Nous allons, en effet, trouver maintenant des hypothèses où l'administration est juridiquement contrainte d'agir, et ce, en faveur d'un particulier. Cette suppression de l'indépendance normale de l'administration peut résulter ou du contrat ou de la loi.

Elle peut tout d'abord résulter du contrat : Nous avons vu que les particuliers peuvent passer, avec certains services publics, à caractère industriel et commercial, des contrats leur assurant certaines fournitures, en général échelonnées. C'est le système de la police d'abonnement, passée généralement avec des compagnies concessionnaires, parfois avec des services en régie, par exemple les P.T.T.

Dans les hypothèses où un contrat est ainsi intervenu entre un service public et un particulier, il ne saurait plus être question de compétence dis-

créationnaire de l'administration. Si la loi lui avait laissé, en effet, cette liberté d'appréciation, c'est au moment de passer le contrat qu'elle devait en user. Le particulier, tant qu'il exécutera strictement ses obligations, sera en droit d'escompter la continuité des prestations prévues du service public.

Et la jurisprudence qui, nous le savons, consacre normalement dans cette hypothèse la compétence judiciaire, confirme cette thèse. L'on sait, en effet, que les tribunaux judiciaires, moins avertis que ceux de l'ordre administratif des exigences spéciales du fonctionnement des services publics, n'hésitent pas à traiter le service public contractant comme un simple particulier. Puisque les contrats ainsi intervenus sont des contrats de droit commun, il faut leur appliquer les règles du droit civil relatives aux obligations des parties.

Il est néanmoins une matière où l'assimilation entre la police d'abonnement à un service public et le contrat de droit privé ne joue pas. C'est dans le cas de modifications unilatérales de tarifs. La jurisprudence admet, alors, que les tarifs nouveaux, imposés par l'administration, sont applicables aux contrats en cours au moment de cette augmentation ; thèse évidemment contraire aux principes civilistes, d'après lesquels le contrat fait la loi entre les parties, si bien qu'il ne peut être modifié, quelles que soient les circonstances, que par leur accord, ou par une décision spéciale du législateur. Cette modification de tarifs, en cours de contrat, fut tout d'abord acceptée par la jurisprudence administrative, quant au contrat de concession lui-même (C.E. 30 Mars 1916, *Compagnie du Gaz de Bordeaux*, S. 1916.3.17, avec une note de Hauriou). Puis les tribunaux judiciaires eux-mêmes l'admirent dans les rapports entre concessionnaire et usagers, en application de cette ju-

jurisprudence administrative (Cass. Req. 19-7-1920 et 4-5-1921, S.1922.1.65, avec une note de M. Mestre). « Les relèvements provisoires de tarifs, régulièrement approuvés par l'autorité administrative, s'imposent à tous ceux auxquels le gaz est fourni par la Compagnie. » (13)

En dehors même de ces hypothèses où l'Administration a volontairement aliéné sa liberté d'apprécier l'opportunité de son action, il est des cas où, du seul fait de la Loi, elle perd cette liberté. Si ces cas de compétence liée ne constituent pas la règle générale, ils sont cependant assez nombreux pour que les exemples en soient aisés à fournir.

Nous avons déjà vu que dans certains cas l'administration est obligée de contracter, dès qu'un usager remplit les conditions requises par la loi (*Compagnie Générale des Eaux c. Jouanne*, et arrêt Gay, précités). En dehors de cette hypothèse, il est d'autres circonstances où l'administration est contrainte d'adopter une certaine attitude, d'exercer une certaine activité.

Ainsi, l'officier d'état-civil ne peut refuser de

(13) On a tenté d'expliquer cette jurisprudence en la représentant comme une application des principes du droit commun. Le contrat entre le particulier et le concessionnaire contiendrait une référence implicite au cahier des charges. M. Mestre critique justement cette doctrine : « En signant la police, l'abonné adhère au cahier des charges tel qu'il est et non tel qu'il pourra devenir. Il donne son consentement à une combinaison précise, qui présente un équilibre contractuel reposant sur un certain prix. Si le prix en question eût été plus élevé, peut-être n'aurait-il pas contracté. » Quant à l'explication par l'idée du contrat de concession : stipulation pour autrui au profit de l'usager, elle est évidemment inacceptable puisque, une fois acceptée, cette stipulation devient irrévocable (C.C. art. 1121).

célébrer le mariage d'individus qui ont satisfait à toutes les conditions légales (14), il ne peut pas plus refuser de constater la naissance d'un enfant (15). Citons encore, comme activité administrative obligatoire, l'accord d'une dérogation à la loi sur le repos hebdomadaire, ou l'admission à l'entrepôt à domicile, en matière d'octroi (16). De même encore la délivrance de l'alignement individuel (17), le port des lettres et des télégrammes à domicile (18).

§ 2. — *Le critère de la compétence liée*

On ne saurait se limiter à une énumération des hypothèses où le juge affirme la compétence liée de l'administration. Il faut encore déterminer le critère qui permet à l'administrateur, et éventuellement au juge qui contrôlera son action, de discerner s'il se trouve dans l'obligation d'adopter une certaine attitude ou si, au contraire, il reste juge de l'opportunité de son action.

Michoud qui, le premier, a longuement étudié

(14) Cass. Req. 28-11-1877, S. 1878.1.209. *A contrario*, le refus étant, en l'espèce, fondé sur un motif de droit.

(15) Pau, 16-5-1853, D.P. 1854.5.13. Le tribunal déclare qu'un tel refus n'a pas pu être prévu par le législateur, tant « il lui devait paraître impossible dans la hiérarchie administrative ».

(16) V. C. E. 17-11-1893, *Commune de Quillebœuf*. R., p. 750, et les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu.

(17) Répertoire Bequet, N° Voirie terrestre, n° 232, et les arrêts cités.

(18) C.E. 29-12-1911, *Chomel*, in R.D.P. 1912, p. 26, avec une note de M. Jèze, « essai d'une théorie sur le fonctionnement des services publics ».

le problème du pouvoir discrétionnaire (19), ne propose pas de critère unique, mais il s'efforce de distinguer, parmi les divers actes administratifs, ceux où la compétence sera normalement liée et ceux où elle sera normalement discrétionnaire. D'une part, il distingue les actes d'autorité et les actes de gestion : les premiers exorbitants du droit commun, apparaîtront, en règle générale, comme la stricte application des prescriptions légales, les seconds, au contraire, semblables à ceux que peut accomplir un particulier, comprendront généralement cette marge d'indépendance qu'aurait eu ce particulier lui-même. L'on sait comment cette distinction des actes d'autorité et de gestion a subi, de toute la doctrine moderne, de si vives critiques qu'elle est maintenant abandonnée. D'autre part, Michoud fait une seconde distinction entre les actes positifs de l'administration et les abstentions, celles-ci devant normalement apparaître comme discrétionnaires. Mais nous venons de voir que la jurisprudence affirmait dans de nombreuses hypothèses l'illégalité de l'abstention elle-même. D'ailleurs, d'un point de vue plus général, cette opposition entre acte positif et abstention n'est sans doute pas fondée : elle est basée sur cette conception de la loi : simple barrière à l'initiative gouvernementale, car dès lors seule l'action administrative peut la violer. Mais il en va autrement si l'on considère la loi comme une règle d'action s'imposant à tous, et en particulier aux gouvernants et aux agents étatiques. D'autre part, quant aux recours juridictionnels possibles, la distinction entre actes positifs et abstentions ne joue plus depuis que le

(19) « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration ». In *Revue générale d'administration*, années 1914-1915, pp. 5 et 193.

législateur a assimilé à une décision implicite de rejet le silence gardé pendant quatre mois sur une réclamation.

Il faut d'ailleurs voir, dans cet exposé de Michoud, plus un effort de systématisation de la jurisprudence, qu'une véritable recherche d'un critère logique. C'est à cette recherche que va s'efforcer la doctrine moderne.

Laun fait reposer toute sa conception juridique de la compétence discrétionnaire sur la distinction, d'origine logique, entre jugements catégoriques et disjonctifs. Laun transpose cette distinction, en la complétant, sur le plan juridique, et est ainsi amené à classer les normes en quatre catégories (absolu catégorique : S. est A ; absolu disjonctif : S. est A₁ ou A₂ ; relatif catégorique : si C est, S est A ; relatif disjonctif : si C. est, S. est A₁ ou A₂). La distinction entre normes absolues et relatives est d'importance secondaire, celle entre normes catégoriques et disjonctives permet de résoudre le problème de la compétence discrétionnaire. En effet, dans tous les cas où un agent public se trouvera placé devant un cas d'application d'une norme catégorique, sa compétence sera liée, quand il s'agira d'appliquer une norme disjonctive, elle sera discrétionnaire. (20)

Mais comment déterminer si une norme est catégorique ou disjonctive ? Car, et Laun le remarque, on ne peut, pour déclarer une norme catégorique, exiger que le législateur ait prévu tout le détail des mesures d'application et des situations concrètes auxquelles l'agent aura à faire face. Laun fait alors appel à la notion de but. « Le choix n'est indépen-

(20) Laun : « Le Pouvoir Discrétionnaire », in *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*. 1935, p. 113.

dant de la loi, non pas dès que le texte de la loi néglige de prescrire, avec une précision absolue, une attitude extérieure, mais seulement quand la loi renonce expressément à prescrire catégoriquement un but déterminé. » (21). En effet, « toute interprétation d'un ordre suppose que celui qui s'y soumet comprend le but que l'auteur de l'acte doit viser. L'ordre catégorique signifie par suite, même s'il a recours à une notion très générale, une subordination de l'agent à un but qu'il lui a antérieurement fixé, ou à plusieurs buts formant un tout et liés entre eux dans une relation que le législateur a voulue et déterminée. » (22). Ainsi, s'il est assujetti à viser un but déterminé, l'agent qui doit appliquer une norme en apparence disjonctive ne pourra, néanmoins, adopter qu'une seule solution : celle la plus conforme au but qui lui est imposé. Au contraire, il y aura compétence discrétionnaire lorsque l'agent sera libre de déterminer la fin de sa conduite, les buts qu'il veut atteindre, sauf, cependant, à ne pas viser certains buts interdits par la loi et dont la poursuite constituerait alors un détournement de pouvoir (23). Sans doute, l'agent public doit-il toujours agir en vue de satisfaire l'intérêt général, mais « l'ordre catégorique contenu dans la loi détermine lui-même ce que la raison d'Etat et l'intérêt public commandent, alors que l'ordre disjonctif laisse le soin de le déterminer au pouvoir exécutif. Se basant sur la subordination à la loi, ou le pouvoir lié

(21) Id., p. 148.

(22) Id., p. 134.

(23) Il ne peut donc y avoir de détournement de pouvoir qu'au cas de compétence discrétionnaire. Dans toutes les hypothèses de compétence liée, le fait de ne pas poursuivre le but fixé constitue, en effet, une violation de la Loi.

par la loi, l'organe en question déclare ou accomplit simplement ce qui est contenu dans la loi, ne serait-ce qu'implicitement ; prenant, au contraire, pour base le pouvoir discrétionnaire, ledit organe formule et crée ainsi une nouvelle réglementation étatique, » (24). Il en résulte cette conséquence : au cas de compétence liée, l'agent, dans deux cas similaires, sera obligé de prendre deux décisions semblables, puisque toutes deux sont incluses, au moins implicitement, dans la même loi ; au cas de compétence discrétionnaire, il pourra prendre des décisions différentes. Ainsi, pour avoir un critère des cas où la compétence apparaît comme liée, « il suffit » de se demander : l'organe exécutif a-t-il le droit de traiter différemment deux cas concrets entièrement semblables, sans agir nécessairement dans l'un de ces cas d'une manière contraire à la loi, ou bien existe-t-il, pour chaque cas pareil au sens de la Loi, une réponse toujours pareille, c'est-à-dire une réponse juste pour tous ces cas ? » (25)

Quel que soit l'intérêt de cette étude, et il réside surtout dans l'importance accordée à la notion de but, il n'apparaît pas que le critère proposé soit, en fait, suffisant. En effet, comment le fonctionnaire saura-t-il qu'il est dans une hypothèse telle qu'une solution — et une seule — est légalement possible ? N'est-ce pas là reculer le problème ? Comment déterminer si la loi a imposé ou non la poursuite d'un but déterminé ? Ainsi, Laun compare le cas d'un individu qui demande l'autorisation d'ouvrir un débit de boissons, et celui où un étranger sollicite la faveur d'une naturalisation. Dans le premier cas,

(24) Laun, *op.cit.*, p. 139.

(25) *Id.*, p. 157.

dit-il, la compétence administrative est liée, car l'agent ne pourra refuser l'autorisation qu'au cas où le postulant ne présente pas de garanties suffisantes pour qu'on puisse estimer qu'il gèrera son débit de boissons en se conformant aux prescriptions de la morale et des bonnes mœurs. Mais ne faut-il pas dire, également, que l'agent qui examine la demande de naturalisation doit être guidé par les seules considérations de l'intérêt et de l'utilité que peut avoir, pour le pays, cette naturalisation ?

Il faut donc pousser la recherche d'un critère plus loin que la notion du but fixé à l'agent. C'est à ce besoin qu'a répondu, en France, la doctrine de M. Bonnard. (26)

Cette doctrine repose sur l'analyse des éléments constitutifs de l'acte administratif. M. Bonnard est conduit à cette méthode par l'observation qu'il fait que l'on parle habituellement d'un pouvoir discrétionnaire limité, or le pouvoir discrétionnaire, étant la liberté de l'appréciation de l'opportunité d'un acte, ne peut être limité par une règle légale. Il est ou il n'est pas. « C'est qu'en effet, l'administration, dans sa libre appréciation quant à l'objet de l'acte, ne peut qu'être laissée libre ou se voir enlever cette liberté. Il n'y a pas de milieu ; dès qu'une restriction est apportée à cette liberté, celle-ci n'existe plus. Le pouvoir discrétionnaire disparaît et il y a compétence liée. D'ailleurs, il y a antinomie à parler d'un pouvoir discrétionnaire qui serait limité. » (27). D'où vient donc que l'on parle habituellement de

(26) Bonnard : « Précis de Droit Administratif ». Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 3^e éd. 1940, pp. 79 et s. — Du même auteur : « Le contrôle juridictionnel de l'Administration », Paris, 1934, pp. 56 et suivantes.

(27) « Droit Administratif », p. 82.

cette limitation du pouvoir discrétionnaire ? Du fait qu'il existe à des degrés différents quant aux divers éléments de l'acte. Ces éléments, l'analyse logique va permettre de les distinguer.

L'acte administratif est, comme tout acte juridique, une manifestation de volonté (28). A l'origine de cette manifestation est une certaine situation objective, de droit ou de fait, qui incitera l'agent à agir, mais qui est extérieure à sa volonté. Il n'aura qu'à en constater l'existence, et de fait ; tel agent a-t-il commis tel agissement ? et de droit ; cet agissement constitue-t-il une faute disciplinaire telle qu'elle peut entraîner une sanction ? Cette situation objective antérieure à l'acte, M. Bonnard l'appelle « motif », tout en remarquant, d'ailleurs, l'imperfection de cette dénomination que la doctrine emploie dans des sens divers. (29)

D'autre part, l'agent est mû par le désir de réaliser un certain but, qui consiste essentiellement, en règle générale, à satisfaire l'intérêt collectif, mais qui est plus nettement déterminé pour chaque service : certains agents ayant, par exemple, pour mission de faire régner l'ordre, d'autres d'assurer à l'Etat des ressources financières.

Etant placé devant une certaine situation objective et visant à réaliser un certain but, l'agent va agir, c'est-à-dire créer une certaine modification de l'ordonnancement juridique tel qu'il existait au moment où il décide d'intervenir, ou assurer, par

(28) Duguit, « Traité... », 2^e éd., T.2, p.211.

(29) M. Vedel emploie dans sa thèse : « Essai sur la notion de cause en droit administratif français », Toulouse 1934, le terme de « cause » pour désigner cette situation objective. Ce terme nous paraît prêter à des confusions encore plus nombreuses que l'expression « motif ».

un agissement matériel, la conformité de la situation de fait et de la situation juridique. Cette modification de l'ordonnancement juridique, cet agissement matériel, constituent « l'objet » de l'acte, élément essentiel, puisqu'il représente son effet créateur immédiat. Ainsi donc, l'analyse permet de distinguer trois éléments dans l'acte administratif : une situation objective antérieure, le « motif », un résultat immédiat, « l'objet », un résultat médiate, « le but », que M. Bonnard définit justement « le résultat produit par l'objet de l'acte ». (30)

La question de la compétence discrétionnaire de l'agent doit se poser séparément quant à ses trois éléments. Quant au motif, il ne peut y avoir compétence discrétionnaire puisqu'il s'agit d'un élément extérieur qu'il y a lieu simplement de constater ; néanmoins une certaine marge de liberté apparaîtra quand, outre une constatation de pur fait, se posera à son sujet un jugement de valeur, par exemple : telle situation de fait constitue-t-elle un trouble à l'ordre public ?

Quant au but de l'action administrative, il est toujours déterminé également par la loi du service. Il n'y a donc pas lieu non plus à son sujet de parler de compétence discrétionnaire. Le domaine par excellence de celle-ci va donc être la détermination de l'objet, qui va être normalement discrétionnaire : l'agent est libre d'agir ou de ne pas agir ou d'agir d'une certaine manière. La conception généralement admise d'un pouvoir discrétionnaire limité vient de ce qu'on remarque habituellement qu'il y a, en effet, limitation quant au but visé par l'agent. Elle résulte donc d'une absence de discrimination des éléments constitutifs de l'acte.

(30) « Droit Administratif », p. 81.

Cette analyse va permettre également de dégager un critère des hypothèses où il y a compétence discrétionnaire. « L'existence et l'objet de toute activité sont essentiellement conditionnés et déterminés par les motifs qui sont à la base de cette activité. Et on entend ici par motifs les actes ou les situations de fait ou de droit qui précèdent, provoquent et entraînent une certaine activité. Si donc, par suite de l'existence de certains motifs, une certaine activité se produit, cette activité sera et devra être telle que l'imposent en elle-même ou dans ses modalités les motifs qui sont à sa base. En d'autres termes, à certains motifs existants, devra correspondre une certaine activité donnée et pas une autre. De sorte que si, pour une certaine activité, ses motifs sont fixés à l'avance, il sera déterminé implicitement par là, si, quand et comment cette activité pourra être exercée. Si donc les motifs d'une certaine activité sont prévus par la loi, cela implique que la loi a voulu, en donnant ainsi les motifs, imposer une certaine activité et même imposer à cette activité certaines modalités. » (31)

Mais quel degré de précision devra atteindre la détermination légale des motifs ? Car, pour toute activité, elle existe, au moins dans un sens général. C'est ainsi que les motifs de l'activité de la police municipale, sont toutes les circonstances de nature à troubler, l'ordre, la sécurité ou la salubrité : précision insuffisante pour que l'on puisse, dès lors, considérer comme liée la compétence de ses agents. « Les motifs formulés seront suffisants pour lier le pouvoir de l'administration, dit M. Bonnard, lorsqu'ils seront constitués par des faits tels qu'il n'y

(31) « Droit Administratif », p. 83.

a lieu, pour les déclarer existants, qu'à une constatation d'existence matérielle. » (32). Si, au contraire, la constatation de l'existence des motifs suppose des jugements de valeur, il n'y aura plus compétence liée : en effet, l'administration, en faisant ce jugement, recouvrera la marge de libre appréciation qui constitue cette compétence discrétionnaire.

Cette thèse présente sur celle de Låun l'avantage de fournir un critère plus aisément discernable. Elle ne doit pas, d'ailleurs, en être considérée comme absolument distincte, nous pensons, en effet, qu'on peut y voir plus le développement des idées de Laun, qu'une opinion divergente. Car, et pour aussi distinctes que soient les notions de « motif » et de « but », l'une représentant la situation objective antérieure à l'acte, l'autre la représentation psychologique de l'effet postérieur, elles sont, néanmoins, étroitement liées.

D'une part, c'est par l'examen des motifs que peut être saisi le détournement de pouvoir, c'est-à-dire la poursuite d'un but autre que celui imposé par la loi, puisque si l'acte ne poursuit pas le but voulu, c'est qu'il y aura eu une fausse interprétation des motifs. (33)

D'autre part, la détermination des motifs est le procédé technique qui permet de préciser le but imposé à l'agent. Prenons-en un exemple dans la matière de la police : celle-ci doit agir pour assurer l'ordre public, but en lui-même imprécis. On arrivera à le préciser par le recours à la notion de motif.

(32) « Droit Administratif », 3^e éd., 1940, p. 84.

(33) V., sur la liaison des motifs et du but, Bonnard : « Le Pouvoir discrétionnaire des autorités administratives », in R.D.P. 1923, pp. 371 et 372.

Chargé de maintenir l'ordre, l'agent devra intervenir dans les circonstances où cet ordre est troublé. Que la loi précise exactement ces situations où l'ordre doit être considéré comme troublé, c'est-à-dire les motifs de l'action de la police, et la notion de maintien de l'ordre, c'est-à-dire le but de cette action, sera strictement définie.

On ne peut donc dire, de la théorie de Laun, qu'elle soit fausse. Il est vrai de considérer avec celui-ci qu'il y a compétence liée quand il y a détermination par la loi d'un but précis. Mais la définition objective de cet élément psychologique interne n'est pas directement possible, elle le devient par le détour de la notion de « motif », élément objectif, aisément définissable par le législateur. C'est donc à la théorie de M. Bonnard, qui permet le passage du critère subjectif au critère objectif, qu'il convient, croyons-nous, de s'arrêter.

§ 3. — *Non application de la loi à toute
une catégorie d'assujettis*

La Jurisprudence va se présenter ici, sous un aspect le plus souvent différent : Il ne s'agira plus généralement d'un groupement d'individus prétendant à des avantages légaux, mais, au contraire, d'individus parfois même isolés qui se prétendent lésés par la non application de la loi à certaines catégories d'assujettis. Ils demanderont, alors, à l'administration, d'appliquer à tous la réglementation commune ou ils exigeront une indemnité compensatrice du préjudice subi. Les requérants prétendent donc ici, en vertu du principe d'égalité devant la loi, non pas obtenir certains avantages que l'administration a accordés à d'autres individus, mais, au

contraire, faire supporter à ceux-ci les mêmes charges que celles qu'ils subissent eux-mêmes. Ce seront les commerçants ou des industriels qui verront leurs concurrents dispensés de payer des taxes ou de subir une surveillance, auxquelles ils sont eux-mêmes astreints.

L'administration va-t-elle, ici encore, pouvoir se réfugier, pour échapper au contrôle du Juge, derrière sa libre appréciation de l'opportunité ? La question a été posée, et résolue avec une particulière netteté par le commissaire du gouvernement Rivet, dans ses conclusions sur l'affaire *Chambre syndicale des fabricants d'eau gazeuse de Paris* (34). Les faits se présentaient de la manière suivante : les fabricants d'eau gazeuse sont soumis, par la loi, à certaines obligations, autorisation préalable, inspections, paiement d'une taxe d'inspection. Lors de l'apparition d'un appareil domestique, « l'auto-siphon », permettant aux cafetiers et débitants de fabriquer eux-mêmes leur eau gazeuse, le Ministre enjoint par lettre-instruction de ne pas appliquer le régime légal aux débitants utilisant cet appareil. La chambre syndicale des fabricants demande l'annulation de ces instructions qui lui causent un préjudice certain : décision implicite de rejet de cette demande, d'où pourvoi.

« D'appréciation d'opportunité, déclare le commissaire du gouvernement, il ne saurait plus ici être question, car de l'opportunité de soumettre, ou de ne pas soumettre, non pas un citoyen isolé, mais toute une catégorie de citoyens à la réglementation qu'il édicte, le législateur, ou par délégation, le pouvoir exécutif est le seul juge. La question revient,

(34) C.E. 24 Mars 1922, in R.D.P. 1922, p. 247.

en définitive, à savoir si, en se refusant à comprendre la catégorie exonérée parmi les assujettis, l'Administration n'a pas donné du texte à appliquer, une interprétation inexacte et cette question exclusivement juridique relève essentiellement de la compétence du conseil d'Etat. »

Dans son arrêt, le haut tribunal s'attache, lui aussi, à montrer qu'il s'agissait bien d'une question, non d'opportunité, mais de stricte légalité : « Considérant que le refus systématique de l'administration, en conformité des instructions adressées par elle à cet effet, d'appliquer la réglementation en vigueur sur la surveillance de la fabrication des eaux minérales artificielles à l'industrie des limonadiers... était fondé sur l'appréciation des limites de cette réglementation et des catégories d'industriels auxquels elle s'adresse... que la question posée est donc une question de légalité. » (arrêt conforme aux conclusions, annulation de la décision implicite de rejet).

Ainsi donc, disparaît ici la faculté de l'administration d'apprécier l'opportunité de l'application de la loi. Il y a pour elle obligation d'agir (35). Notons, néanmoins, que le conseil d'Etat ne considère comme illégal que le « refus systématique » d'appliquer la loi, c'est-à-dire celui qui dénote une intention bien arrêtée, un parti-pris formel de ne pas se soumettre aux obligations légales. C'est ainsi qu'on ne saurait faire grief à l'administration d'un certain retard

(35) Il ne saurait, *a fortiori*, être question pour l'administration de dispenser formellement de l'exécution d'une loi les habitants d'une certaine portion du territoire national. V. Lyon, 5-1-1881, D.P. 1881.2.105 : « Un ministre ne saurait avoir ni le droit, ni le pouvoir d'arrêter ou d'annuler les effets d'une loi qui, par le fait de sa promulgation, devient

passager dans l'application de la loi, justifié, par exemple, par la nécessité de prendre les mesures de détail nécessaires. (36)

§ 4 . — *Le refus d'application de la loi en général*

Les solutions données au paragraphe précédent suffisent, par elles-mêmes, à faire prévoir celles qui seront adoptées en cas de non-application générale de la loi. Le gouvernement est chargé d'exécuter les lois, il s'agit là, non d'un droit, mais d'une obligation fonctionnelle à laquelle il ne saurait se dérober.

Mais le contrôle juridictionnel de cette obligation va souffrir des difficultés, car, le plus souvent, les particuliers n'auront pas un intérêt suffisant pour pouvoir attaquer ce refus d'exécuter la loi. De même que la mise en application d'une loi nouvelle ne peut créer de préjudice spécial (37), de même le refus général de mettre en application cette réglementation nouvelle ne doit pas pouvoir entraîner un préjudice tel qu'il y ait intérêt pour agir. Le conseil d'Etat eut ainsi à rejeter un recours intenté par la *Compagnie des Messageries Fluviales de Cochin-*

(36) Le conseil d'Etat a, à l'occasion d'autres recours, en indemnité ceux-ci, affirmé cette nécessité du caractère systématique du refus. V. C.E. 5-3-1915, *Bourgeois*, R., 62. « Le sieur B... ne justifie pas que l'administration se soit abstenue systématiquement d'appliquer le règlement aux fabricants se trouvant dans le cas d'être soumis à l'exercice, de façon à leur faire un traitement privilégié. C.E., 21-11-1923, *Baudet*, R., 737, « Le sieur B... ne justifie d'aucun refus systématique de l'administration d'appliquer la réglementation en vigueur... »

(37) C.E., 29-4-1921, *Société Premier*, S. 1923.3.41, avec une note d'Hauriou.

chine (38), contre le refus d'application du décret du 21 Décembre 1924, réglementant la francisation des navires et la composition des équipages. Le haut tribunal estima « que la gêne qu'a pu entraîner pour le développement de l'entreprise exploitée par la Compagnie requérante, le maintien de l'état de chose antérieur à la promulgation, en Indochine, du décret du 21 Décembre 1911, n'excède pas la limite des charges que les particuliers peuvent, dans l'intérêt général, être tenus de supporter sans aucun recours contre la collectivité ».

Néanmoins, il peut se trouver des hypothèses dans lesquelles cet intérêt va exister (39) et, dans ce cas, le conseil d'Etat va annuler les décisions expresses ou tacites de refus d'appliquer la loi. Il ira même parfois jusqu'à accueillir le recours en indemnité.

C'est ainsi que, par un arrêt du 24 avril 1934, *Ligue nationale contre l'alcoolisme* (S. 1934.3.77), le conseil d'Etat va annuler une circulaire du ministre des finances laissant aux récoltants le droit de distiller toute l'année : décision contraire à l'article 2, 7° de la loi du 28 Février 1923, aux termes duquel la distillation ne peut avoir lieu que pendant certaines périodes fixées par le juge de paix.

(38) C.E., 14-3-1924, in R.D.P. 1924, p. 230, avec les conclusions du Commissaire du Gouvernement Mazérat et la note de M. Jèze.

(39) On sait ainsi que le conseil d'Etat en est venu à consacrer la responsabilité, née de l'application d'une loi nouvelle, responsabilité basée sur la théorie du risque, c'est-à-dire sur le développement de l'idée d'égalité des individus devant les charges publiques. C.E. 14-1-1938, *Société La Gradière*, S. 1938.3.65. V. sur la portée de cet arrêt l'article de M. Chaumont, in R.D.P., 1941, p. 200.

De même, dans une affaire *Société Van Outryve* (40), le conseil d'Etat va déclarer recevables, et le recours pour excès de pouvoir et le recours en indemnité. Les faits étaient les suivants : en matière de dommages de guerre, certaines indemnités supplémentaires étaient accordées pour compenser la différence entre la perte subie et les frais de remplacement des produits finis. Ces indemnités furent supprimées en 1924 ; Pour éviter de léser ceux qui ne les avaient pas encore touchées, la loi du 23 Mars 1928, modifiée par de nombreux textes ultérieurs, créa une caisse de compensation. Les anciens attributaires, bénéficiaires du régime antérieur à 1924 devaient y verser 50 % des sommes qui leur avaient été attribuées. Ce versement devait servir à indemniser les attributaires dont les comptes avaient été apurés postérieurement à 1924. Des intérêts moratoires de 10 % étaient prévus pour obliger les anciens attributaires au paiement de ces sommes. Par une lettre du 2 Décembre 1932, adressée au président du groupe parlementaire des sinistrés, le ministre des finances suspend pour six mois l'application de la loi : d'où réclamation de la *Société Van Outryve*, nouvelle attributaire, lésée par la suspension du fonctionnement de la caisse de compensation.

Contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement Rivet, qui, d'ailleurs, n'affirmait pas le droit de suspendre la loi, mais qui contestait sa portée, le conseil d'Etat annula la décision du ministre des finances : « En retardant de six mois, par voie de disposition générale, les mesures d'ap-

(40) C.E. 6-7-1934, in R.D.P. 1934, p. 629, avec les Conclusions du commissaire du gouvernement Mazérat et la note de M. Jèze.

plication de la loi... le ministre des finances a méconnu l'obligation qui s'imposait à lui d'une application de la loi dans les délais prévus ; dès lors les requérants sont fondés à soutenir que le ministre des finances a excédé ses pouvoirs. » (décision annulée).

Dans un autre arrêt du même jour, le conseil d'Etat réaffirme l'illégalité de la décision ministérielle et accorde une indemnité en réparation du préjudice qu'elle a causé à la société requérante. Il s'agit d'ailleurs plus d'un blâme adressé à l'administration que d'une véritable réparation de ce préjudice, puisque, faute de pouvoir évaluer exactement son montant, le conseil d'Etat condamnait l'Etat au paiement de un franc de dommages et intérêts.

M. Duez a souligné (41) les circonstances spéciales dans lesquelles sont intervenues ces décisions. Il a insisté, en particulier, sur le fait que la loi avait institué des délais préfix qui liaient le gouvernement. Pour aussi fondées que soient ces observations, nous ne pensons pas que l'on puisse voir dans ces solutions du conseil d'Etat des décisions exceptionnelles. Nous y voyons plutôt l'aboutissement de toute cette jurisprudence que nous venons d'examiner, et qui, à tous ses stades, sous la réserve d'une certaine marge d'appréciation, tend à affirmer la subordination du gouvernement à la loi. (42)

(41) « La responsabilité de la puissance publique », 2^e éd. Dalloz, 1938, p. 37, et note 4 sous ce texte.

(42) Cette conclusion est d'ailleurs confirmée par un arrêt rendu par le conseil d'Etat dans une espèce curieuse où il s'agissait du refus du Gouvernement d'appliquer, non pas une loi, mais un véritable arrêt de règlement. C.E. 24 Juillet 1936, *Syndicat de défense des grands vins de la Côte-d'Or*,

SECTION II

L'APPLICATION DES JUGEMENTS

« Lorsqu'un jugement, passé en force de chose jugée, a été rendu, les agents administratifs ont le devoir d'en assurer l'exécution purement et simplement ; pour eux, c'est la vérité légale. Il n'y a pas de raison juridique valable qui s'oppose à cette so-

D.P. 1937.3.41 ; avec les conclusions de M. Lagrange et une note de M. Waline.

Le législateur ayant eu le souci de réglementer l'appellation des grands crus vinicoles, confia tout d'abord au Gouvernement, par suite des problèmes techniques que soulevait la question, le soin de déterminer, par voie de règlements d'administration publique, la délimitation des régions pouvant prétendre exclusivement aux appellations de provenance des produits. Certains de ces règlements ayant soulevé de vifs mécontentements, le législateur recourut alors à un procédé exceptionnel dans notre Droit public : Il permit aux tribunaux judiciaires, saisis de litiges entre particuliers sur ces questions d'appellations d'origine, de formuler des jugements ou arrêts qui « décideront, à l'égard de tous les habitants et propriétaires de la même région, de la même commune, ou, le cas échéant, d'une partie de la même commune » (*). Le commissaire du gouvernement souligne dans ses conclusions que ces décisions constituent donc de « véritables arrêts de règlement, autrement dit, des règlements d'administration publique faits par autorité de justice ». M. Waline fait justement observer qu'elles ont même véritablement force de loi, car, possédant l'autorité de la chose jugée, elles ne peuvent être modifiées que par le législateur.

Or, un jugement du tribunal de Dijon ayant ainsi déter-

(*) Loi du 6 Mai 1919, modifiée par la loi du 22 Juillet 1927.

lution de bon sens et d'ordre social. En particulier, l'objection politique, tirée de l'indépendance de l'administration active vis-à-vis des tribunaux, ne peut être retenue une minute : le devoir juridique des agents publics d'exécuter la décision de justice passée en force de chose jugée ne peut pas être mis en question. » Cette opinion de M. Jèze (43) reflète

miné les appellations applicables aux crus de certaines régions de Bourgogne, le service de répression des fraudes reçut du ministre de l'agriculture des instructions lui enjoignant de ne pas appliquer cette décision qui soulevait certaines protestations. Il s'agissait donc, en l'espèce, d'un refus d'application d'une décision ayant force de loi.

Le conseil d'Etat confirma la décision qu'il avait adoptée dans l'affaire *Van Outryve*. « S'il appartient au ministre, en vue de ménager une transition entre le régime de fait antérieur et le régime nouveau résultant du jugement précité, d'inviter les agents du service des fraudes à surseoir pendant un délai raisonnable à toute action répressive, il n'a pu, sans abus, se refuser encore à la date du 19 Février 1934 et sans limitation de durée, à assurer en ce qui le concerne le respect des dispositions (du jugement)... Ce faisant... le ministre a commis une faute grave, de nature à engager la responsabilité de l'Etat. »

Nous adhérons pleinement aux conclusions de M. Waline qui déclare : « En réalité, le présent arrêt, venant après l'arrêt *Van Outryve*, autorise à poser ce principe : quel que soit le pouvoir discrétionnaire de l'administration pour choisir le moment de chacune des mesures d'exécution des lois, elle commet une illégalité et engage la responsabilité civile de l'Etat lorsque son refus d'exécuter la loi est systématique, résulte d'une décision générale de principe, et lèse certains intérêts matériels ». Encore convient-il d'ajouter que cette dernière condition n'est requise que pour le recours en indemnité ; nous avons vu qu'un simple intérêt moral suffisait pour intenter le recours pour excès de pouvoir (V. supra, l'arrêt *Ligue nationale contre l'alcoolisme*).

(43) In R.D.P. 1919, page 505 et suivantes, note sous C.E., 8 Août 1919, *Abbé Tasca*.

fidèlement l'état de la doctrine et de la jurisprudence françaises. On ne peut donc qu'y adhérer sans réserves. Nous allons simplement en développer rapidement les termes.

§ 1. — *Le principe de la séparation des autorités administratives et des juridictions*

Bien qu'il soit parfois invoqué par l'administration comme une vérité intangible, ce principe connu en réalité, depuis son origine, des interprétations diverses. Il fut tout d'abord conçu comme une arme contre les tribunaux judiciaires soupçonnés d'être hostiles aux idées révolutionnaires, en raison de l'esprit conservateur dont ils avaient fait montre, à maintes reprises, sous l'ancien régime. Aussi, la loi des 16-24 Août 1790, titre II, art. 13, dispose-t-elle que « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives... Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs. » La doctrine d'une séparation tranchée des pouvoirs, alors mise à la mode par Montesquieu, devait permettre de justifier logiquement cette conception, mais, en fait, si l'on se préoccupe d'empêcher les juges d'administrer, on n'empêche nullement les administrateurs de juger. En effet, le contentieux des litiges soulevés par l'activité administrative fut, en vertu de ce même principe de séparation des pouvoirs, réservé aux administrateurs actifs. L'ancien régime connaissait déjà, d'ailleurs, dans les affaires administratives, la juridiction des intendants qui avait été bien accueillie en raison de sa rapidité et de sa simplicité. Ces premiers motifs devaient rapidement disparaître. D'autres leur succédèrent qui imposèrent alors une

nouvelle conception du principe. On s'aperçut bientôt du danger que pouvait présenter, pour les administrés, la solution des litiges soulevés par le fonctionnement des services publics par les administrateurs eux-mêmes. On en vint donc à créer des juridictions administratives spécialisées et qu'on tendit, de plus en plus, à séparer de l'administration active. Ici encore, les conceptions doctrinales devaient s'efforcer de donner à cette solution, fondée sur des motifs pratiques, une explication d'apparence logique. Et l'on souligna que la fonction de juger apparaît toujours identique à elle-même, et distincte de la fonction administrative, qu'il s'agisse de juger des litiges entre particuliers, ou entre administrés et administration. Une fois cette conception adoptée, le dogme de l'indépendance entre les divers pouvoirs devait conduire à interdire aux juridictions quelles qu'elles soient, d'adresser à l'administration des injonctions quelconques; conception évidemment soutenue par l'administration qui n'acceptait pas toujours sans regimber le contrôle juridictionnel de son activité.

Cette conception de l'indépendance de l'administration vis-à-vis des juridictions repose donc sur une exagération logique de données purement pragmatiques. Elle est très certainement insoutenable : ce n'est que par l'intervention des agents publics que le jugement peut recevoir exécution, qu'il s'agisse de jugements entre particuliers ou contre l'administration. Que celle-ci cesse d'être tenue d'assurer cette exécution, et la force exécutoire du jugement, c'est-à-dire la raison d'être même de la fonction juridictionnelle, cesse d'exister.

La doctrine condamne d'ailleurs cette conception d'une séparation absolue des autorités administratives et juridictionnelles. Nous avons déjà vu que

M. Jèze n'y voyait qu'une objection politique « qui ne peut être retenue une seule minute ». Dans ses conclusions, sur l'arrêt *Abbé Tœska*, précité, le commissaire du gouvernement Corneille, devait préciser également la véritable portée qu'il faut accorder à ce principe : « l'autorité de la chose jugée doit constituer avant tout la règle fondamentale, et la théorie de l'indépendance de l'administration vis-à-vis des juridictions ne doit jouer qu'à l'état d'exception... et l'exception interprétée d'après son texte de base (loi des 16-24 Août 1790 qui interdit aux tribunaux de venir « troubler les opérations des corps administratifs »), c'est qu'aucun tribunal administratif ou judiciaire ne peut enjoindre à l'autorité administrative d'inscrire un crédit, c'est qu'aucun tribunal ne peut inscrire ce crédit d'office, même en conséquence d'un jugement passé en force de chose jugée ; c'est qu'aucun tribunal ne peut enjoindre à un agent administratif d'ordonnancer une dépense, de dresser un mandat, encore bien qu'il s'agisse d'une dette reconnue par jugement. »

Cette interprétation du commissaire du gouvernement n'est que le reflet de la jurisprudence du conseil d'Etat. Dans les multiples hypothèses où les administrés intentent des recours contre des refus d'agir indûment opposés par l'administration à leurs demandes, le conseil d'Etat se borne à prononcer l'annulation de ces décisions de refus, et ne prononce pas lui-même la décision, même dans les cas de compétence liée, où l'administration ne peut donc pas invoquer sa libre appréciation de l'opportunité. L'arrêt *Blaise* (C.E. 4-12-1903, R., p. 745) en fournit un exemple en matière d'alignement : « le requérant n'est pas recevable à demander au conseil d'Etat l'alignement et l'autorisation de bâtir conformément l'alignement et l'autorisation de bâtir conformément

haut tribunal adopte la même attitude alors même qu'il s'agit de remettre les choses en l'état où elles se trouvaient avant que soit intervenue la décision illégale de l'administration, « c'est devant l'administration que doivent se retirer les parties à l'effet de faire ordonner les mesures que pourrait entraîner l'annulation ». (C.E. 16-1-1874, *Frères des Ecoles Chrétiennes de Levallois-Perret*, R., p. 43). Plus généralement, le conseil d'Etat se borne à renvoyer devant l'administration « pour faire ce que de droit ». (44)

On peut donc affirmer que, le plus souvent, le conseil d'Etat fait montre de prudence dans ses décisions, et ménage l'indépendance et la susceptibilité de l'administration active (45). Par contre, les tri-

(44) V. les espèces sur les dérogations à la loi sur le repos hebdomadaire : C. E. 30-11-1906, *Denis et Rage-Roblot*, S. 1907.3.17, avec une note d'Hauriou. V. également *Combéleran*, C.E. 31-7-1908, au S. 1911.3.9 ; de même l'arrêt *Daraux* C.E. 26-6-1908, S. 1909.3.129, avec une note d'Hauriou.

(45) Nous disons le plus souvent, car parfois le conseil d'Etat va adresser de véritables injonctions à l'administration, C.E. 4-8-1908, *Société Générale des Eaux d'Oran*, R., p. 850 : La ville est condamnée « à effectuer la remise des sources dans le délai d'un mois, sous peine d'une indemnité journalière de 300 francs par jour de retard ». Il y a donc ici recours au procédé exceptionnel de l'astreinte. V. également C.E. 30-11-1900, *Viaud*, au S. 1903.3.23 et R.D.P. 1904, p. 796. De même encore, C.E. 24-6-1910, *Société La Volta*, R., p. 496 : « La Société est autorisée à continuer son exploitation, en se conformant aux conditions imposées. Ces arrêts justifient en partie l'opinion de M. Jèze, in R.D.P. 1912, p.34, qui critique la conception que nous venons d'exposer du principe de la séparation de l'administration et des juridictions, et affirme : « le conseil d'Etat comprendra, un jour ou l'autre, qu'il est plus simple d'ordonner lui-même les mesures d'exécution que de renvoyer le requérant devant les agents administratifs pour voir ordonner ces mesures ».

bunaux judiciaires, lorsqu'ils ont à connaître des contestations soulevées par la marche de l'administration, montrent généralement moins de souplesse dans leurs décisions, et n'hésitent pas à la condamner comme ils le feraient d'un particulier quelconque. Citons un jugement du Tribunal Civil de la Seine (8-4-1911, *Pavy*, cité par M. Jèze, in R.D.P., 1912, p. 34, note 4) : « le tribunal... ordonne la suppression de l'annonce critiquée... fait à l'avenir défense à l'administration de faire aucune insertion de la nature de celle critiquée. » De même, le tribunal civil de Nancy (46) : « dit et juge, que dans un délai de deux ans... la propriété léguée par *Olry*... sera transformée par la ville de Nancy en jardin public conformément à la volonté du testateur... prononce, en cas de non exécution de tous les travaux dans les délais ci-dessus spécifiés, la révocation pure et simple du legs consenti à la ville de Nancy, avec toutes les conséquences de droit ».

La portée du principe de la séparation des autorités administratives et juridictionnelles apparaît donc maintenant comme bien réduite. Il ne peut en aucune façon autoriser l'administration à refuser de prêter main-forte à l'exécution des jugements. Sa seule signification n'est plus que d'inciter les tribunaux à une certaine prudence dans leurs condamnations envers l'administration, de manière à laisser à celle-ci une certaine liberté dans l'exécution, limitée d'ailleurs au choix des moyens. Mais, cette réserve faite, le conseil d'Etat va sanctionner les refus d'appliquer les jugements.

(46) 13-11-1922, rapporté par Fayolle in « La force exécutoire des décisions de justice à l'encontre des administrations publiques », thèse Nancy, 1926, p. 21.

§ 2. — *L'obligation pour l'Administration d'exécuter les jugements passés à son encontre*

Il va s'agir ici pour le haut tribunal de concilier deux principes opposés. D'une part, ces jugements doivent recevoir exécution, d'autre part, il n'y a pas évidemment de contrainte matérielle possible contre l'administration, puisque c'est elle-même qui en dispose. Le conseil d'Etat va recourir à toute une gamme de mesures pour obliger néanmoins l'administration à s'exécuter. Nous allons passer en revue les principales.

C'est tout d'abord le blâme moral. Le conseil d'Etat va marquer combien lui paraît inadmissible l'attitude de l'administration. L'arrêt *Elections de Bouilh-Pereuilh* (C.E. 16-12-1908, R., p. 1049) en fournit un exemple particulièrement net : « il est regrettable que l'administration n'ait pas pris les mesures nécessaires pour que le renouvellement du Conseil Municipal de la commune de B... ait lieu en conformité de la décision du conseil d'Etat ».

On peut encore ranger parmi les procédés de contrainte morale le recours à la procédure « pour faire ce que de droit ». On sait que celle-ci est fréquemment utilisée par le conseil d'Etat lorsqu'il s'agit, pour l'administration, d'exécuter des obligations légales (V. la note d'Hauriou sous l'arrêt *Daroux*, précité) ; Au cas où il s'agira de la contraindre à exécuter un jugement, le conseil d'Etat va y recourir, mais en dictant avec une précision absolue les mesures à prendre. Le renvoi à l'administration va apparaître comme une véritable injonction. (C. E. 30-11-1900, *Viaud dit Loti*, S. 1903,3,23 et R.D.P., 1904, p. 796 : « Le sieur V... est renvoyé devant le ministre de la marine pour qu'il soit réinscrit sur

la liste d'ancienneté de capitaine de frégate à la date du 22 Avril 1898, et classé immédiatement après le sieur *Roques*: »).

Si l'administration, non contente de rester inactive, a pris certaines décisions contraires à la chose jugée, le conseil d'Etat va affirmer le respect dû à celle-ci en annulant ces décisions. C'est l'hypothèse de l'arrêt *Abbé Tœsca* (C.E. 8-8-1919, R., p. 740) : une décision du juge de paix de Sospel avait condamné le bureau de bienfaisance de cette commune à payer à l'abbé T... une certaine somme en exécution des clauses d'un legs fait à ce bureau de bienfaisance. Cette décision devint définitive, faute d'appel et la commission administrative de l'établissement vota le crédit nécessaire pour son exécution. Le conseil municipal donna, à son tour, un avis favorable, mais le préfet refusa, par une décision tacite, de donner son approbation. C'est contre cette décision de refus que l'abbé T... intentait un recours pour excès de pouvoir. Le conseil d'Etat décida : « qu'il n'appartenait pas au préfet de s'opposer à l'exécution de la décision du juge de paix et qu'en refusant, par un motif de légalité (en l'espèce, une prétendue inobservation de l'article 3, § 14, de la loi du 13 Avril 1908), contraire à la chose jugée, d'approuver la délibération précitée, le préfet a excédé la limite de ses pouvoirs ». Une affaire similaire amène une même solution du haut tribunal (C.E. 19-12-1930, *époux Muller*, R., p. 1088) « considérant que, par jugement... le tribunal des dommages de guerre de Laon... a fixé au même chiffre les mêmes dommages à titre définitif ; que ce jugement, qui n'a pas été frappé d'appel dans le délai légal... est passé en force de chose jugée ; que dès lors, le ministre des régions libérées est tenu de l'exécuter... il suit de là que le sieur M... est fondé

à prétendre que c'est à tort que le ministre a refusé de lui délivrer les titres de créance correspondant aux indemnités allouées. »

Enfin, si le refus persistant de l'administration a causé un préjudice aux administrés, le conseil d'Etat va alors consacrer la responsabilité pécuniaire de l'administration. Sa jurisprudence peut, sur ce point, être considérée comme constante. Citons tout d'abord l'arrêt *abbé Hardel* (C. E. 12-6-1914, R., p. 700), le conseil d'Etat avait annulé un arrêté d'expulsion du préfet de Loir-et-Cher, comme faisant obstacle à un jugement de référé, il va maintenant ajouter « que l'exécution de cet acte administratif illégal et les circonstances qui l'ont accompagné ont causé à l'abbé H... un préjudice dont l'Etat est responsable ». Encore y a-t-il ici activité contraire à la chose jugée, acte positif de l'administration. Mais le conseil d'Etat va affirmer cette responsabilité même dans les hypothèses où l'administration se borne simplement à ne pas prendre les mesures nécessaires à l'exécution d'un jugement à son encontre. Citons l'arrêt du conseil d'Etat du 7 Février 1934 *Giu-dicelli*, R., p. 179 : « Considérant que, par un arrêté en date du 25 Septembre 1928, le sieur G... a été révoqué de ses fonctions de secrétaire de mairie... et que cette révocation a été annulée par une décision du conseil d'Etat en date du 12-11-1930... Il résulte de l'instruction que le sieur G... n'a pas été réintégré dans ses fonctions et n'a pas fait l'objet d'une mesure de révocation régulière... — condamnation de la commune (dans le même sens, C.E. 27-4-1934, *dame Venturini*, R., p. 503). »

Dans toutes ces hypothèses, il s'agit toujours de moyens de pression contre l'administration, mais celle-ci peut toujours se refuser à exécuter puisqu'il n'y a pas contre elle de possibilité de contrainte ma-

térielle. Les exemples, en fait, sont assez rares d'un refus systématique d'exécuter un jugement : On peut néanmoins en rencontrer ; l'arrêt *Fabrègues* en fournit un que l'on peut dire devenu classique. Le Maire ne peut, aux termes de la loi municipale de 1884, révoquer le garde champêtre, mais il peut le suspendre pour un mois. Le maire de la commune de Cotignac imagina de renouveler cette suspension de mois en mois, de manière à réaliser ainsi une révocation de fait. Il y avait très certainement illégalité et, le 23 Juillet 1909, le conseil d'Etat annulait dix de ces arrêtés successifs. Mais, et c'est ici que va se marquer l'impuissance du juge contre le mauvais vouloir de l'administration, le maire continua de la même manière à prendre ces arrêtés de suspension. Le 21 Juillet 1910, le conseil d'Etat avait ainsi à prononcer de nouveau l'annulation de sept de ces arrêtés.

Faut-il donc se résigner à laisser au bon vouloir de l'administration l'exécution ou la non exécution d'un jugement ? La solution théorique ne peut faire de doute : le jugement doit s'imposer aux agents publics comme aux administrés, mais il faut trouver un moyen de les contraindre au respect de la chose jugée. Une doctrine unanime proclame qu'il doit y avoir, au cas de refus persistant, responsabilité personnelle de l'agent. Hauriou (47) justifie cette solution par des considérations d'ordres divers : tout d'abord, on ne peut imputer à l'administration le refus d'exécuter un jugement : « un administrateur qui refuse ou néglige d'exécuter un arrêt de justice ayant annulé un de ses actes ou condamné son administration, n'est plus du tout dans

(47) Note sous l'arrêt *Fabrègues*, au S. 1911.3.121.

la ligne de la fonction administrative. Il commet un fait personnel, parce qu'il est inadmissible que ce fait soit administratif ». D'autre part, avec la condamnation contre l'administrateur, l'impuissance du juge va cesser, car, dès lors, les voies d'exécution forcée vont pouvoir s'appliquer. « L'administrateur a, sur l'administration, cette supériorité qu'il peut être livré au bras séculier. » Cette responsabilité personnelle des agents est également préconisée par Duguit (48), par le commissaire du gouvernement Chardenet, dans ses conclusions sous les arrêts *Rougegré* (C.E. 28-7-1911, R., p. 914), et *Rouzier* (C.E. 25-3-1911, p. 400) (49). C'est aussi la solution adoptée par M. Jèze (50).

Il convient d'ailleurs de noter qu'il faut voir dans cette solution un *ultimum remedium*. M. Barthélemy (51) note l'imperfection de ce recours : « il faudra que le citoyen créancier de l'obligation de faire, engage une procédure judiciaire qui pourra être interrompue par une procédure de conflit ». Et encore restera-t-elle souvent inefficace : « 1° En droit, si le fonctionnaire coupable est un ministre, puisque la jurisprudence ne reconnaît pas la responsabilité civile des ministres ; 2° En fait, si l'agent coupable est insolvable... La contrainte sera vaine par contre si le fonctionnaire est assez riche pour

(48) « Les transformations du Droit public », A. Colin, 1913, p. 219.

(49) Rapportées par Fayolle, op. cit., p. 158 et suivantes.

(50) R.D.P., 1919, p. 506, et note sous l'arrêt *Hardel*, in R.D.P. 1914, p. 583, et particulièrement page 593. — V. également : « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », R.D.P., 1913, pp. 437 et suiv., et particulièrement page 467.

(51) R.D.P. 1912, p. 513.

aimer mieux subir la réparation du dommage que de se soumettre à la loi. »

Il ne s'agit là, d'ailleurs, que de discussions d'école ; la jurisprudence n'ayant pas, à notre connaissance, eu à se prononcer en la matière. En fait, on peut affirmer que dans la grande majorité des cas, l'administration se soumet volontairement aux jugements, et que, dans les cas où elle oppose quelque résistance à leur exécution, les moyens de contrainte créés par le conseil d'Etat sont suffisants pour la faire renoncer à cette attitude inacceptable en droit. L'obligation pour l'administration, de se soumettre aux jugements qui la condamnent, peut donc être considérée comme effective dans le droit français.

§ 3. — *L'obligation de prêter main-forte
à l'exécution des jugements entre particuliers*

Les mêmes motifs qui imposent à l'administration l'exécution des jugements qui la condamnent doivent lui imposer celle des jugements intervenus dans les litiges entre particuliers. Dans les deux cas, la décision, une fois définitive, s'impose aux agents étatiques, elle a force de « chose jugée ». De plus ici, l'administration ne peut raisonnablement se prévaloir de son indépendance : le juge ne la vise pas elle-même, ne lui impose aucune obligation particulière. Il s'agit simplement, pour les agents étatiques, agissant dans l'exercice de leurs fonctions normales, de mettre en œuvre la force publique qu'ils détiennent. Enfin, nous avons noté que la réalisation matérielle des décisions intervenues dans les litiges entre particuliers était indispensable au

maintien de la paix sociale. Une autre solution conduirait à la méfiance envers les tribunaux étatiques, et à un retour à la vengeance privée, que toute l'organisation de la justice dans les états modernes a justement pour but d'éviter.

Aussi est-ce bien ce devoir d'exécution qu'affirme le législateur. Nous avons vu déjà les termes de la formule exécutoire et avec quelle netteté elle enjoint aux divers agents étatiques de prêter main-forte à cette exécution. L'article 234 du code pénal punit, par ailleurs, les commandants d'armes coupables d'avoir refusé d'obtempérer à une réquisition régulière.

Dans ses conclusions sur l'arrêt *Couiteas* (52), le commissaire du gouvernement Rivet déclarait : « qu'un jugement, dès l'instant qu'il est devenu définitif, doit recevoir son exécution, et qu'à cette exécution, la force publique régulièrement requise doit, le cas échéant, prêter son concours, c'est là un principe indiscutable, qui trouve son expression à la fois dans les codes, dans les lois de la période révolutionnaire, et dans les décrets relatifs aux services des places, et dont l'idée est inséparable de la conception de la vie en société. »

A ce principe, le conseil d'Etat va néanmoins apporter une exception dans cette même affaire *Couiteas* qui devait, à juste titre, avoir un grand retentissement dans toute la doctrine. Les faits sont extrêmement confus (53). En bref, il s'agissait d'un refus d'expulser, comme l'ordonnait un jugement

(52) C.E. 30-11-1923. R.D.P. 1924, pp. 75 et 207, avec les notes de M. Jèze. S. 1923.3.57, avec une note d'Hauriou. D.P. 1923.3.59 avec les conclusions du commissaire du gouvernement. G.P. 1924.1.291 avec une note anonyme.

(53) V. les conclusions du commissaire du gouvernement.

du tribunal de Sousse, les indigènes installés sur le domaine que possédait, en Tunisie, le sieur *Couiteas*. Deux questions se posaient alors, dont une seule nous intéresse ici : le pouvoir exécutif avait-il le droit de refuser cette exécution, une indemnité était-elle due au sieur *Couiteas* ?

Le commissaire du gouvernement dans ses conclusions rappelait la jurisprudence de guerre du conseil d'Etat (54) et approuvait ce refus d'exécution, dans la mesure où il était basé sur une juste appréciation des nécessités vitales du pays. « Le Président de la République, qui, aux termes de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 Février 1875, dispose de la force armée, a estimé qu'une raison majeure s'opposait à sa mise en action et a, à titre exceptionnel, suspendu l'effet de la formule exécutoire apposée en son nom sur la minute du jugement. Si les motifs qui ont inspiré le refus opposé au sieur C... sont bien tels que vous les indique la défense, vous n'aurez, vous inspirant des raisons supérieures qui vous ont dicté vos arrêts de guerre, qu'à déclarer légale la solution intervenue. » Le conseil d'Etat accueillit ces conclusions. Dans son arrêt, il expose nettement, et le principe, et la portée de l'exception : « le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire, est en droit de compter sur l'appui de la force publique pour assurer l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré » mais, « le gouvernement a le devoir d'apprécier les conditions de cette exécution, et le droit de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité. » Estimant d'ailleurs que le sieur *Couiteas*

(54) V. infra, Première Partie, Chap. III, Sect. 3, § 2.

subissait, dans l'intérêt général, un préjudice exceptionnel, il lui accordait une indemnité.

La doctrine fit, dans son ensemble, bon accueil à cette décision. Hauriou l'accepte en raison des circonstances exceptionnelles dans lesquelles elle est intervenue : pays de protectorat, importance considérable des territoires à faire évacuer et donc des moyens matériels nécessaires. « Nous n'avons pas d'objection de principe à faire à cette jurisprudence. Nous savons trop que les règles ordinaires du droit et les garanties des libertés publiques sont établies pour les temps normaux, mais qu'il existe des temps anormaux dans lesquels le salut de tous exige que les règles ordinaires soient en partie suspendues... Va donc pour l'excuse de l'administration dans la thèse de la légitime défense de l'Etat et dans l'hypothèse du refus d'exécution d'un jugement », mais il marque bien, d'ailleurs, le caractère exceptionnel de la mesure : « si des considérations d'opportunité peuvent justifier l'administration, lorsqu'elle refuse d'accomplir une obligation de ce genre pendant un court espace de temps, cette excuse disparaît, lorsque tout loisir lui a été laissé de choisir son moment et de réunir les moyens d'action nécessaires ».

M. Jèze (R.D.P. 1924, p. 208) ne fait guère que résumer la solution du conseil d'Etat. Néanmoins, il propose une explication juridique basée sur sa conception de l'acte juridictionnel. « Ce faisant (en refusant d'exécuter), l'agent public d'exécution ne conteste pas la vérité légale de la constatation faite par le juge. Il se borne à refuser d'appliquer l'une des conséquences de cette vérité légale : la mise en application par la force publique. Mais il ajoute lui-même en note sous ce texte (note 1, p. 209) : « aussi, un examen superficiel de la question conduirait peut-être à dire que l'autorité de la chose jugée

n'est pas en cause, puisque l'administration ne la conteste pas. Pourtant, pratiquement, la chose jugée est mise de côté par l'administration, lorsque celle-ci, pour une raison ou pour une autre, refuse de l'exécuter. N'oublions pas que l'autorité de la chose jugée est un principe à base de paix sociale : c'est pour prévenir le retour des guerres privées, l'usage par chacun de la violence pour se faire justice à soi-même. C'est toute la signification de l'autorité de la chose jugée. Lorsque l'administration déclare que la force publique ne sera pas mise à la disposition du particulier qui a obtenu un jugement en sa faveur, elle enlève toute signification à la chose jugée. » Ce texte prouve à la fois que M. Jèze lui-même considère constatation et décision comme liées, et que l'explication qu'il donne de l'arrêt *Couiteas* est insuffisante. Aussi cherche-t-il à la compléter en invoquant le libre choix qu'a l'administration du moment le plus opportun pour agir : « le jugement subsiste intégralement : mais l'administration refuse de l'appliquer pour le moment, tant que certaines circonstances de fait subsisteront. Le jour où ces circonstances auront disparu, l'agent public d'exécution interviendra. » Cette explication est également inacceptable en l'espèce, car il s'agit, non pas d'un retard dans l'exécution du jugement, mais d'un refus absolu et définitif. Les doutes qui auraient pu s'élever à ce sujet ont été définitivement levés par un second arrêt *Couiteas* du 6-11-1936 (55). Les héritiers du sieur *Couiteas* avaient, devant la persistance du refus de l'administration, sollicité une nouvelle indemnité pour le préjudice qu'ils estimaient leur être ainsi causé. Le conseil d'Etat rap-

(55) D.P. 1937.3.56 et R. p. 967.

pela : « Qu'en maintenant son refus de prêter le concours de la force armée à l'exécution d'un jugement du tribunal de Sousse... le gouvernement n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés en vue du maintien de l'ordre et de la sécurité publics dans un pays de protectorat, qu'ainsi la décision attaquée n'est pas entachée d'excès de pouvoir. » Et le haut tribunal souligne bien qu'il s'agit d'un refus d'exécution définitif, car « il résulte tant du mode de réparation ainsi adopté (allocation d'un capital) que de l'absence de toute réserve concernant l'avenir, que le conseil d'Etat a estimé que la situation de fait au vu de laquelle il a rendu sa décision, n'était pas susceptible de se modifier dans l'avenir ».

La seule justification que pouvait donc invoquer cette jurisprudence était le fait, souligné par le conseil d'Etat dans ses considérants, que l'affaire se passait en pays de protectorat, où le gouvernement français pouvait avoir légitimement le souci de ne pas heurter les sentiments des populations indigènes. Mais une fois entré dans cette voie de la reconnaissance du droit de ne pas appliquer les jugements, le conseil d'Etat va être amené à tolérer cette inexécution dans des hypothèses où elle nous paraît absolument inadmissible. Il s'agit des occupations d'usines qui marquèrent les années 1936 et 1937. Certaines entreprises obtinrent alors des tribunaux des jugements d'expulsion contre les grévistes occupants. Les autorités publiques requises d'exécuter ces jugements s'abstinrent, le plus souvent, d'y prêter main-forte. C'est contre un tel refus que la Société *Cartonnerie et Imprimerie de Saint-Charles*, intenta un recours qui aboutit à l'arrêt du conseil d'Etat du 3 Juin 1938 (56). Le haut tribunal reprit à cette oc-

(56) D.P. 1938.3.66, avec une note de J. Appleton.

casion la jurisprudence de l'arrêt *Couiteas* : « l'autorité administrative requise d'assurer l'exécution de cette ordonnance (d'expulsion) était, en principe, tenue d'agir : Toutefois, l'éventualité de troubles graves qu'aurait pu amener une exécution forcée de ladite ordonnance, a pu constituer une circonstance exceptionnelle, l'autorisant à différer son intervention, compte tenu de ces difficultés spéciales, son attitude ne saurait être regardée comme illégale. » Une telle conclusion fait bien apparaître le danger de cette doctrine. Sans doute, il peut paraître parfois impolitique d'appliquer strictement la règle de l'autorité de la chose jugée, encore que le juge puisse lui-même accorder des délais lorsqu'il le juge opportun, mais une fois admise une exception au principe, celle-ci tend à se développer et à ruiner le principe lui-même. On en est conduit à justifier juridiquement que l'autorité publique puisse se trouver désarmée devant la résistance des administrés aux décisions de justice. C'est admettre en droit la négation même des principes constitutifs de l'Etat. Il faut affirmer de nouveau que le principe de l'autorité de la chose jugée n'est pas une création de juriste, il a son fondement dans les nécessités mêmes de la vie en société. Il nous paraît donc particulièrement dangereux d'y admettre des dérogations (57).

(57) Cette jurisprudence se rattache sans doute aux mêmes mobiles qui poussèrent, depuis quelques années, les gouvernements à enjoindre une grande mansuétude aux agents dans l'exécution des jugements. On trouvera, dans la thèse de M. Donval : « Le refus des autorités publiques de déférer à la formule exécutoire » (Rennes, 1939), une liste de circulaires et de dépêches ministérielles dont certaines sont particulièrement significatives. Nous pensons, ici encore, que de telles pratiques sont singulièrement dangereuses et qu'elles créent une instabilité juridique aussi nuisible aux créanciers

De même que l'administration doit s'exécuter lorsqu'elle est condamnée, de même elle doit garantir aux particuliers l'exécution des décisions de justice rendues en leur faveur.

qu'aux débiteurs qu'elles entendaient protéger. Si vraiment les circonstances empêchaient l'exécution de certaines obligations, c'est au parlement qu'il appartenait d'accorder, par mesure générale, des délais ou des sursis à cette exécution. C'est d'ailleurs ainsi qu'intervinrent les lois du 20 Août 1936 et du 25 Mars 1936, qui accrurent les pouvoirs d'appréciation et de décision du juge dans l'octroi des délais de grâce (art. 1244 C.C.). Citons encore la loi du 12 Juillet 1937, permettant l'octroi de délais aux débiteurs de bonne foi, et favorisant le règlement des dettes agricoles, et les textes qui, au début de la guerre 1939-40, accordèrent aux mobilisés certains délais de paiement ou la réduction de certaines dettes. Dans tous ces cas, on pouvait critiquer l'opportunité de la mesure, mais elle était juridiquement valable. La multiplicité des cas dans lesquels le parlement crut d'ailleurs devoir édicter de telles lois est un argument de plus pour condamner cette attitude gouvernementale qui consiste à laisser, en fait, les jugements inexécutés.

CHAPITRE III

LES PÉRIODES DE CRISE

Nous avons vu qu'en période normale, la loi impose à l'administration certaines obligations d'agir. D'un autre point de vue, plus général, l'administration est toujours limitée par la loi, en ce sens qu'elle ne peut agir que selon les conditions posées par les règles d'organisation du service ; cette limitation s'étendant tant aux formes de l'activité administrative qu'à son objet. Tout cet ensemble d'entraves à l'initiative des agents publics résulte du principe de légalité, instauré dans le but de protéger les administrés contre l'arbitraire gouvernemental, et qui veut que toute activité administrative particulière soit conditionnée par une règle générale.

Si ce principe de légalité est à la base de l'état moderne, il est certaines périodes où il peut se trouver en conflit avec un autre principe, non moins essentiel ; celui d'assurer en toutes circonstances, la marche régulière des services publics. Celle-ci présente un intérêt primordial pour la vie nationale. C'est qu'en effet les services publics exercent normalement ces activités d'intérêt général, pour lesquelles les initiatives privées s'avèrent insuffisantes. Or, ce fonctionnement régulier de ces services publics peut exiger dans certaines circonstances graves, dont la plus tragique est la guerre, une action particulièrement rapide et vigoureuse des agents étatiques.

Or, il est certain que le principe de légalité, s'il est une garantie pour les administrés, constitue, dans ces circonstances, une entrave à ce fonctionnement indispensable des services publics. Il faudra donc, dès lors, atténuer la rigueur de ses conséquences et permettre au gouvernement certaines interventions qui, en période normale, apparaîtraient comme illégales.

Le problème, ici encore, ne comporte pas de solution tranchée. Pas plus qu'il ne peut s'agir, au nom de la légalité, d'entraver systématiquement l'activité indispensable de l'administration, on ne peut songer à autoriser celle-ci, au nom de la nécessité, à ne plus tenir compte d'aucune limite légale. Il faut donc, entre ces deux extrêmes : le principe de légalité et l'état de nécessité, établir un compromis qui permette le renforcement indispensable de l'action gouvernementale, sans supprimer inutilement les garanties assurées aux administrés. On le réalisera en étendant la marge de liberté dont dispose le gouvernement vis-à-vis de la loi ; en accentuant donc le caractère discrétionnaire de sa compétence. Bien des facteurs d'ordre politique, tels que le caractère plus ou moins critique de la situation, ou la confiance qu'auront su susciter les gouvernants, interviendront d'ailleurs pour fixer des limites plus ou moins larges à cet accroissement d'indépendance.

Dans les pays les plus attachés au principe de légalité, on s'efforcera de prévoir, dans les périodes normales, le régime qu'il conviendra d'adopter dans les périodes de crise. C'est ainsi qu'en France, la loi du 9 Août 1849 prévoit dans certaines circonstances, l'établissement de l'état de siège. Ce système apparaît certainement comme le plus simple et le plus juridique. En fait, il s'est rapidement avéré insuffisant. D'une part, le danger peut se présenter sous

des aspects multiples dont il est difficile de prévoir l'acuité ; d'autre part, le vote même d'une législation de circonstance indique chez le législateur une méfiance envers le gouvernement, et l'extension de compétence accordée sera généralement trop étroite.

Dans d'autres pays, au contraire plus attachés aux nécessités sociales qu'aux intérêts individuels, le gouvernement se verra accorder, en période de crise, les pouvoirs les plus étendus, et particulièrement celui de suspendre les lois. Cette compétence exceptionnelle lui sera reconnue, ou par la constitution (constitutions de l'Empire Autrichien, de certains états de l'Allemagne impériale, de la République Allemande de Weimar, constitution française de 1940) ou par une loi spéciale. Il semble donc que dans ce système, le principe de légalité soit respecté ; en fait, on peut dire néanmoins qu'il se trouve véritablement écarté puisque la loi cesse, dès lors, d'opposer une barrière à l'arbitraire gouvernemental. Dans un régime parlementaire, le gouvernement sera encore limité par le jeu de la responsabilité politique ; autrement, il n'aura plus pour frein que son appréciation plus ou moins juste des nécessités sociales.

Enfin, dans certaines hypothèses, soit que le législateur se soit refusé à prévoir cette suspension du régime de légalité, soit que les circonstances l'aient empêché d'intervenir, le gouvernement prendra sur lui de violer certaines lois, sans qu'aucune autorisation préalable lui ait été accordée. Il demandera ensuite au parlement de valider sa conduite. (Système anglais du « bill of indemnity »). Avant même qu'intervienne cette ratification, les tribunaux pourront avoir à connaître de la validité de cette conduite. (Théorie française des pouvoirs de guerre).

La succession de crises politiques et financières qu'a subie la France l'a amenée à connaître tous ces divers régimes. Nous aurons donc dans cet examen du droit positif français en période de crise, à étudier successivement l'état de siège, les lois de pleins pouvoirs, la conception jurisprudentielle des pouvoirs de crise,

SECTION I

L'ÉTAT DE SIÈGE

Si les mots d' « état de siège » semblent évoquer la possibilité d'un régime d'oppression, où le gouvernement serait tout puissant, l'organisation de ce régime, telle qu'elle est prévue par la loi du 9 Août 1849, ne porte pas en réalité de graves atteintes au principe de légalité et en laisse subsister les principales conséquences.

Ce souci de respecter la légalité se marque dès les règles régissant l'établissement même de ce régime d'exception. Tout d'abord, il ne peut être établi que dans les circonstances exceptionnelles prévues par la loi : péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée ; De plus, une loi seule peut en principe déclarer l'état de siège. Néanmoins, la loi prévoyant l'hypothèse où le parlement ne siègerait pas au moment où ce péril apparaîtrait, laisse alors au Président le soin de cette déclaration mais elle établit en même temps toute une réglementation, afin de réunir les chambres le plus tôt possible.

Dans ses effets mêmes, l'état de siège apparaît plus comme un aménagement que comme une sup-

pression des conséquences du principe de légalité. Ces effets se présentent sous deux aspects distincts : dessaisissement des autorités civiles au profit des autorités militaires, extension de la compétence des conseils de guerre.

« Aussitôt l'état de siège déclaré, les pouvoirs dont l'autorité civile était revêtue pour le maintien de l'ordre et de la police passent tout entiers à l'autorité militaire. L'autorité civile continue néanmoins à exercer ceux de ces pouvoirs dont l'autorité militaire ne l'a pas dessaisie. » (Loi, 1849, art. 7.) Il n'y a donc pas d'atteinte réelle au régime de légalité, puisque cette transmission de compétence ne s'accompagne pas d'une extension. Néanmoins, il est certain que l'autorité militaire se caractérise par un goût de la discipline et des habitudes d'énergie qui ne vont pas sans faire apparaître sa domination particulièrement lourde aux administrés.

En outre, « l'autorité militaire a le droit : de faire des perquisitions de jour et de nuit dans le domicile des citoyens, d'ordonner la remise des armes et munitions et de procéder à leur recherche et à leur enlèvement, d'interdire les publications et les réunions qu'elle juge de nature à exciter ou à entretenir le désordre, d'éloigner les repris de justice et les individus qui n'ont pas leur domicile dans les lieux soumis à l'état de siège ». (Loi, 1849, art. 9). Nous nous trouvons donc ici devant une extension des pouvoirs de police tels qu'ils existent en période normale. Dans quel sens faut-il interpréter cette extension de compétence ? Nous pensons qu'une interprétation restrictive s'impose : l'article 9 est un texte exceptionnel qui déroge au principe général énoncé par l'article 7. Le législateur a d'ailleurs pris soin de préciser que « les citoyens continuent, nonobstant l'état de siège, d'exercer tous ceux des droits

garantis par la constitution dont la jouissance n'est pas suspendue en vertu des articles précités ». C'est cette interprétation stricte qui a été consacrée par la Cour de Cassation. La jurisprudence administrative a, au contraire, et à tort, pensons-nous, admis une interprétation beaucoup plus large de ce texte.

D'autre part, l'état de siège a pour effet également d'étendre dans une très large mesure la compétence des tribunaux militaires (loi du 27 Avril 1916,, art. 6, modifiant la loi de 1849). Ici encore, il n'y a pas, à vrai dire, d'atteinte au principe de légalité ; les individus ne pouvant évidemment être traduits devant ces tribunaux que dans les hypothèses prévues par la loi et les juridictions militaires appliquant aux crimes et délits de droit commun les pénalités ordinaires. Il n'en reste pas moins que, de même que l'autorité militaire passe, à juste titre, pour être plus rude que l'autorité civile, de même les tribunaux militaires montrent généralement une plus grande sévérité que les tribunaux judiciaires. Enfin, les délinquants ne jouissent pas devant eux de toutes les garanties de procédure ni des voies de recours qui leur sont assurées en période normale.

Ainsi, si l'on abandonne la prévention, basée sans doute sur des précédents historiques fâcheux, qui règne dans les pays libéraux contre l'établissement de l'état de siège, il apparaît qu'il ne constitue pas une profonde modification du régime normal. C'est qu'en effet, il ne réalise pas une nouvelle répartition des compétences entre l'organe législatif, gardien traditionnel des libertés individuelles, et le gouvernement ; mais seulement parmi les organes d'exécution, un effacement de l'administration civile devant l'autorité militaire. Les prérogatives gouvernementales restent donc identiques en

leur nature ; elles seront seulement exercées avec plus de rudesse et de rapidité.

Cette absence de sévérité du régime de l'état de siège, la limitation des hypothèses dans lesquelles il peut être déclaré, font qu'à l'épreuve de circonstances particulièrement graves, il s'est rapidement avéré insuffisant. Une simple transmission des pouvoirs des agents civils aux agents militaires laissait subsister les obstacles légaux qui pouvaient s'opposer à l'action gouvernementale. La loi avait assuré aux particuliers des garanties ou des avantages qui, dans des périodes de crise grave, apparurent vite comme autant d'entraves aux initiatives de l'administration. Aussi, dans ces circonstances, vit-on le gouvernement demander au législateur non seulement l'abrogation ou la suspension de ces textes gênants, mais encore, pour assurer à son action plus de rapidité et d'efficacité, le droit d'y procéder lui-même. C'est là, en effet, l'objet habituel des lois de pleins pouvoirs que nous allons maintenant examiner.

SECTION II

LES LOIS DE PLEINS POUVOIRS

C'est au cours de la guerre 1914-1918 que le gouvernement français demanda pour la première fois au parlement le vote d'une loi de pleins pouvoirs. Mais malgré les exemples fournis par des pays pourtant résolument attachés au principe de légalité, en particulier la Grande-Bretagne et la Confédération Helvétique, les chambres françaises se refusèrent à conférer au gouvernement une compétence réglementaire exceptionnelle, lui permettant

de modifier les lois (projet Briand, de Décembre 1916). Elles consentirent néanmoins certaines extensions de compétence portant sur des objets limités, telles que la loi du 6 Mai 1916 sur les tarifs douaniers, ou celle du 10 Février 1918 sur la production et le commerce des denrées alimentaires. Bien que ces lois ne l'aient pas expressément prévu, il est certain qu'elles autorisaient le gouvernement à modifier la législation régissant ces matières.

Les difficultés financières de l'après-guerre devaient amener le ministère Poincaré à demander et à obtenir cette fois, mais après de vifs débats parlementaires, le vote d'une loi l'habilitant à procéder à de larges réformes administratives, nonobstant les lois en vigueur. Cette loi du 22 Mars 1924 ne fut d'ailleurs pas appliquée, les élections de Mai 1924 ayant amené au pouvoir une nouvelle majorité. Elle fut formellement abrogée par la loi du 10 Mars 1925.

Malgré ce premier échec, le procédé tendit bientôt à se généraliser. On le voit en effet réapparaître à des intervalles de plus en plus rapprochés : lois du 3 Août 1926, puis du 28 Février 1934, du 8 Juin 1935, du 30 Juin 1937. Dans les mois qui précédèrent la guerre 1939-1940, il semble devenir le procédé législatif presque normal : lois du 13 Août 1938, du 5 Octobre 1938, du 19 Mars 1939. Enfin la loi du 8 Décembre 1939, modifiant l'article 36 de la loi du 11 Juillet 1938 sur l'organisation de la nation en temps de guerre, fait du gouvernement le législateur normal en cette période.

Toutes ces lois comportent un certain nombre de points communs qui forment ainsi le régime habituel de la législation des pleins pouvoirs. L'habilitation accordée au gouvernement, pour être plus ou moins large, est toujours limitée ; ou par l'objet (loi de 1916 sur les tarifs douaniers, loi de 1918),

ou par le but ; cette limitation pouvant être, il est vrai, énoncée dans des termes si généraux qu'elle perd toute efficacité (loi du 19 Mars 1939 « prendre toutes les mesures nécessaires à la défense du pays »). Enfin, il y a toujours limitation dans le temps, sauf dans la loi de Décembre 1939. L'élaboration des décrets pris ainsi en vertu de ces lois doit présenter certaines garanties : ils devront être pris en conseil des ministres. La loi de 1924 prévoyait la consultation du conseil d'Etat. Le décret du 25 Mars 1939, complétant la loi du 13 Mars 1939, organisait un examen du projet par une commission formée de hauts fonctionnaires.

A l'encontre des lois de 1916 et de 1918, les lois postérieures prévoient la possibilité pour le gouvernement de modifier ou d'abroger la législation en vigueur. Elles semblent, il est vrai, corriger ce que cette compétence présente d'anormal en exigeant, dans un délai généralement assez bref, la ratification parlementaire. Mais cette formalité laisse subsister le problème juridique que pose cette habilitation. Car les décrets pris par le gouvernement sont tout autre chose que des projets de lois soumis au parlement. Ils entrent, en effet, en vigueur dès leur publication. De plus, il suffit qu'à l'expiration du délai fixé, ils soient déposés sur le bureau de l'une des chambres pour qu'ils conservent leur validité, avant même d'être ratifiés formellement. Ainsi donc la ratification n'explique pas cette puissance du décret de modifier la loi, puisqu'il la possède *ab initio*.

L'octroi d'une telle compétence au gouvernement ne va pas sans soulever de graves objections juridiques. Beaucoup furent d'ailleurs invoquées, mais au milieu d'arguments d'ordre politique sans intérêt ici, au cours des débats parlementaires qui précédèrent les votes de lois de pleins pouvoirs. Les

unes résultent d'une certaine conception matérielle de la loi, les autres partent d'une discussion formelle des lois constitutionnelles de 1875.

Du point de vue matériel, ne doit-on pas admettre que seul le législateur est compétent pour régir certaines matières ? La réponse ne peut être cherchée dans les textes organiques de 1875. Ceux-ci, en effet, n'établissent pas de domaines propres à la loi ou au règlement. Ils établissent entre eux une distinction purement formelle, à raison de l'organe dont ils émanent. Seules quelques matières sont prévues comme ne pouvant être réglées que par la loi (conditions d'élection des députés ; composition, mode de nomination et attributions du Sénat : art. 1. Loi du 25 Février 1875, amnistie ; art. 3, réglementation de l'accusation, de l'instruction, et des jugements devant la haute cour : art. 16. Loi du 16 Juillet 1875 ; les cessions, échanges, adjonctions de territoires : art. 8 de la même loi). Il est donc certain que, dans ces matières, le parlement ne pourrait accorder de compétence réglementaire au gouvernement.

Mais, à défaut de textes formels, on a affirmé que certains principes constitutionnels coutumiers réservaient au législateur de statuer en certains domaines, tels que le régime des libertés individuelles, l'établissement de sanctions pénales, d'impôts ou de taxes. On voit assez combien, à supposer admise la valeur de ces principes coutumiers, il est difficile de préciser leur contenu. Nous ne pensons d'ailleurs pas qu'on puisse leur reconnaître le pouvoir de lier le législateur. C'est qu'en effet, la constitution de 1875 est essentiellement constructive et non pas normative. En dehors du principe de la forme républicaine de l'Etat, formulé lors de la révision de 1884, elle ne précise pas l'objet de l'activité des différents

organes de l'Etat, mais seulement la forme dans laquelle cette activité s'exercera ; si bien que, devant cette absence de principes normatifs, c'est au parlement qu'il appartiendra de les formuler. Il pourra donc de même les écarter lorsqu'il les estimera caducs.

De ce même point de vue matériel, on a critiqué la possibilité donnée au gouvernement de statuer *ab initio* dans les matières où l'aurait habilité, pour ce faire, la loi de pleins pouvoirs. On sait qu'à défaut de textes plus précis, une doctrine unanime base sur l'article 3 de la loi du 25 Février 1875 la compétence réglementaire du Président. Elle apparaît donc ainsi comme une compétence d'exécution. Mais l'imprécision de ce texte laisse la place ouverte aux interprétations les plus variées. Les unes, les moins extensives, concluent à ce que la compétence réglementaire est une simple compétence d'application ; le règlement ne pouvant jamais que préciser et détailler les principes posés dans une loi (Esmein, Larnaude) (1). D'autres, s'ils acceptent en principe cette interprétation, postulent que le Président possède en outre la compétence de statuer *ab initio* en certaines matières précisées par la coutume constitutionnelle, d'où de nouvelles difficultés dans la fixation de son contenu (Duguit, Rolland) (2). Pour Carré de Mal-

(1) Esmein « Eléments de droit constitutionnel », 8^e éd. T.II, pp. 76 et suiv.

Larnaude : « Bulletin de la Société générale de prisons », T.XXX, 1906, p. 1004.

(2) Duguit. V. « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur », in R.D.P. 1924, p. 513 ; et « Traité... », 2^e éd., T.4, pp. 714 et suiv.

Rolland. V. « Le pouvoir réglementaire du président de

berg (3), il y a exécution dès que l'acte est fait en vertu d'une habilitation législative. Enfin, à l'opposé même des premières doctrines, Hauriou (4) affirme que, par cet article 3, le Président se voit confier, non seulement l'application des lois, même largement entendue, mais encore, plus généralement, la gestion des intérêts supérieurs de l'Etat. Aussi, pourra-t-il réglementer en toutes matières et même en modifiant les lois, si besoin en est. Ainsi, même en acceptant cette dernière doctrine, le point de vue matériel ne permet guère ni de préciser le domaine de la loi, ni de limiter nettement le rôle du règlement. La doctrine la plus générale en déduit simplement la nécessité d'une habilitation spéciale et limitée ; mais, faute de précision, cette exigence ne peut guère, non plus, présenter d'intérêt scientifique.

C'est qu'il est vain, pensons-nous, de chercher dans les textes constitutionnels de 1875 une définition matérielle de la loi et du règlement. Nous avons vu, en effet, qu'ils précisent non pas l'objet de l'activité des différents organes étatiques, mais le mode d'exercice de cette activité. On ne peut donc en tirer que des critères formels. Aussi, partant de ce point de vue formel, peut-on discuter plus efficacement la constitutionnalité des lois de pleins pou-

la république en temps de guerre et la loi du 10 Février 1918 », in R.D.P., 1918, p. 543. — « Le projet du 17 Janvier et la question des décrets-lois », in R.D.P., 1924, p. 42.

(3) « Contribution à la théorie générale de l'Etat », T.I, pp. 580 et suiv.

(4) V. particulièrement la note sous l'arrêt *Heyriès*, au S. 1922.3.49. Dans le même sens, M. Barthélemy, in R.D.P., 1907, p. 298. V. sur ces doctrines, infra, Deuxième partie, Chapitre premier.

voirs et particulièrement de leur disposition prévoyant la possibilité pour le gouvernement de modifier les lois.

Ecartons tout d'abord les hypothèses où cette compétence exceptionnelle a été prévue par la Constitution (Empire d'Autriche, République de Weimar, Constitution française de 1940). Il ne peut plus évidemment y avoir de discussion sur la validité des règlements pris en vertu de ces textes ; si ce n'est, ces constitutions laissant généralement au chef de l'exécutif le soin de déclarer quand il y a nécessité, la question du contrôle de l'opportunité de cette déclaration. Il est d'ailleurs certain, qu'en aucune manière, les lois constitutionnelles de 1875 n'organisaient cette compétence spéciale pour les périodes de crise. L'argumentation de Hauriou, tirant de l'article 3 le droit de déroger aux lois, est certainement abusive. Ce n'est en effet que par une déformation évidente des mots « application des lois », qu'on peut y faire rentrer la suspension ou l'abrogation de ces mêmes lois.

On a prétendu, il est vrai, que point n'était besoin d'un texte spécial pour reconnaître cette compétence au gouvernement ; celle-ci devant lui être attribuée en vertu d'un droit naturel de nécessité, sous-entendu dans les constitutions positives. Une telle thèse n'est pas autre chose, du moins en son principe, que la reconnaissance pure et simple de la raison d'Etat ; elle revient à confondre l'opportunité politique et la validité juridique.

Si donc l'on se refuse à recourir à cette explication, il faut, en pure logique juridique, pour admettre que le règlement puisse modifier la loi, démontrer, ou que par la loi de pleins pouvoirs le gouvernement a acquis compétence pour donner à ses

décisions la force supérieure qui caractérise la loi formelle ; ou que les lois ainsi modifiées ont, elles, perdu cette force supérieure. C'est entre ces deux attitudes que se partage la doctrine française.

La première théorie en date, et c'est aussi la plus simple, est celle de la délégation. Elle n'a d'ailleurs pas été élaborée en vue d'expliquer les règlements pris en exécution des lois de pleins pouvoirs, mais plus généralement les règlements d'administration publique. Le parlement lorsqu'il invite le gouvernement à réglementer une certaine matière, lui délègue, au moins pour cette matière déterminée, sa compétence législative. Dès lors, les décisions ainsi prises par le gouvernement sont des lois formelles qui échappent, et c'était surtout le but visé par les auteurs de cette théorie, au contrôle juridictionnel. Cette thèse, si elle semble encore admise par la jurisprudence, quoique depuis 1907 le conseil d'Etat admette les recours contre les règlements d'administration publique (5), est maintenant abandonnée par une doctrine unanime. C'est qu'elle repose sur une base certainement inconciliable avec les principes de notre Droit public ; à savoir le droit pour un organe de l'Etat de déléguer la compétence dont il est investi par la constitution. Nous avons déjà souligné que l'exercice de la compétence de l'agent public ne constitue en aucune façon un droit, mais une obligation. Le transfert de la compétence législative ne saurait donc être réalisé que par l'autorité

(5) C.E. 6-12-1907. *Chemins de fer de l'Est*... S. 1908.3.1, avec les conclusions du commissaire du gouvernement Tardieu et la note de Hauriou. Dans cet arrêt même qui consacre la recevabilité des recours contre les règlements d'administration publique, le conseil d'Etat continue d'ailleurs à employer la formule de « délégation législative ».

qui en a investi le parlement, c'est-à-dire par l'organe constituant. (6)

Mais si la doctrine rejette unanimement la théorie de la délégation, il ne nous semble pas, quelque subtiles que soient les explications proposées, qu'elle ait, en fait, réussi à s'en dégager.

Duguit (7) commence ainsi par rejeter l'idée d'une délégation. Comment, dès lors, expliquer la modification d'une loi par un décret ? Duguit note l'habitude parlementaire de ratifier ces décrets pour leur donner force de loi formelle ; il faut supposer qu'au cas de loi habilitant le gouvernement à modifier des lois, le parlement a ratifié d'avance tous les décrets qui apporteraient ces modifications législatives. Ils ont donc, dès leur émission, le caractère de loi formelle. Notons tout d'abord que cette thèse ne se concilie guère avec la pratique jurisprudentielle qui admet les recours contre les décrets ainsi pris en vertu de lois de pleins pouvoirs. Or, comment expliquer cette jurisprudence si le texte litigieux tire en définitive sa force de la ratification anticipée du parlement, puisque les tribunaux s'interdisent de connaître des décisions de celui-ci ? Enfin, cette théorie ne semble pas différer profondément de celle de la délégation. En effet, si le texte gouvernemental tire sa puissance de modifier la loi,

(6) C'est Esmein qui, le premier, dès 1894, critiqua la doctrine de la délégation. « De la délégation du pouvoir législatif », in *Revue politique et parlementaire*, 1894, T.I, p. 205. Son argumentation est maintenant devenue classique et est reproduite par toute la doctrine.

(7) V. l'article précité, in *R.D.P.* 1924, particulièrement p.325. Duguit présente d'ailleurs cette solution comme un pis aller pour expliquer le développement de ces lois d'habilitation, qui, « en bonne logique juridique », sont certainement inconstitutionnelles. (p. 324.)

non de la volonté du gouvernement mais de celle du parlement, il n'en reste pas moins qu'en fait, c'est au premier qu'il appartiendra d'établir les textes et les matières où il entend modifier les lois en vigueur. Car l'essentiel de la loi de pleins pouvoirs est justement de laisser au gouvernement cette marge d'appréciation ; si, en effet, elle prévoyait expressément les textes sujets à modification, nous nous trouverions alors dans l'hypothèse normale d'une loi invitant le gouvernement à la compléter par un règlement d'administration publique.

Aussi, faute de pouvoir expliquer juridiquement ce pouvoir du gouvernement de modifier les lois, certains auteurs considèrent que ce qu'il est convenu d'appeler les décrets-lois sont bien des décrets ordinaires. Mais la loi de pleins pouvoirs, si elle n'a pas modifié la nature des actes gouvernementaux, a ôté aux textes législatifs régissant les matières sur lesquelles porte l'habilitation, cette supériorité formelle qui les caractérisait. Ces textes ne sont pas abrogés, ils subsistent, mais sans plus de force désormais qu'un décret gouvernemental, de même que certaines parties de constitutions par ailleurs abrogées, restent en vigueur comme simples lois. Il y a donc « déformalisation de la loi » (8). Cette théorie suscite, elle aussi, de vives critiques.

(8) Cette thèse, esquissée par M. Rolland dans son article précité de 1918, a été reprise par Carré de Malberg (théorie générale, T.I, p. 602, note 23, particulièrement p. 605, *in fine*). M. Rolland l'a précisée dans la R.D.P. de 1924 (p.60), il l'a, pour la dernière fois, exposée dans une note sous C.E. 25-6-1937. *Union des véhicules industriels*. D.P. 1937.3.33, et particulièrement p. 34, 2^e colonne. Enfin, c'est la doctrine exposée également par M. Gouet. « La question constitutionnelle des prétendus décrets-lois ». Paris. Dalloz, 1932, pp.129 et suivantes.

D'une part, le parlement peut-il prendre des décisions ayant le caractère réglementaire, alors que la constitution lui a confié la fonction législative ? D'autre part, comment expliquer que ces lois ainsi déformalisées ne puissent, pendant toute la durée de la loi de pleins pouvoirs, être soumises à des recours contentieux ? M. Gouet l'explique (9) en postulant que la déformalisation ne joue pas *erga omnes*, mais à l'égard du seul gouvernement. Mais comment un même acte juridique pourrait-il apparaître sous des aspects différents, tantôt loi, tantôt règlement, selon que ce soit le gouvernement ou les particuliers qui le mettent en cause ? Enfin et surtout, nous ne pensons pas que cette théorie soit autre chose, elle aussi, qu'une variante de la théorie de la délégation. Car, ici encore, ce n'est pas le parlement qui va décider que tel texte a perdu sa supériorité formelle ; c'est encore au gouvernement qu'il va remettre le soin de discriminer ces textes parmi toutes les matières visées par la loi de pleins pouvoirs. C'est encore une fois lui confier une tâche de nature législative, car il est certain que déclarer qu'une loi cesse de posséder la supériorité formelle que lui reconnaît la constitution est un acte de puissance législative tout comme déclarer qu'un texte quelconque la possèdera désormais. L'on pourrait peut-être affirmer que tous les textes régissant les matières visées par la loi de pleins pouvoirs perdent dès lors leur caractère de lois mais n'est-ce pas là un postulat indémontrable ? Et quelles en seraient les conséquences logiques avec la pratique moderne de l'habilitation limitée non par un objet précisément déterminé, mais par un but souvent mal défini.

(9) Op. cit., p. 131.

Ainsi donc, et quel que soit leur intérêt, nous ne pensons pas qu'aucune de ces doctrines ait pu résoudre le problème de la légitimité des lois de pleins pouvoirs autrement qu'en recourant, sous des formes variées, à la théorie de la délégation.

C'est qu'en réalité, si l'on abandonne toute idée préconçue de légitimer ces lois dont l'opportunité pouvait être incontestable, cette notion de délégation ne peut être évitée. En fait et pour habiles que puissent être les interprétations doctrinales, le parlement renonce pour un temps à exercer sa compétence ; il confie au gouvernement le soin de statuer sur des matières le plus souvent largement étendues, et de réaliser des réformes qui peuvent être capitales. Une telle attitude est certainement inacceptable en droit (10). La mission confiée à chaque parlementaire par ses électeurs, la compétence reconnue par la constitution au parlement est de constater les besoins généraux de la communauté et d'y pourvoir. Il y a là, non pas un droit, mais une étroite obligation fonctionnelle à laquelle ils ne peuvent se dérober.

On représente, il est vrai, cette extension de la compétence gouvernementale comme la mise en œuvre de ce sentiment général qui s'élève dans les nations, lors des périodes de crise, en faveur d'un gouvernement fort. C'est là une observation qui s'ap-

(10) Nous avons vu que c'était là solution à laquelle la « bonne logique juridique » conduisait Duguit. C'est également celle adoptée par une partie de la doctrine moderne. V. en ce sens :

Mestre : « Cours de droit constitutionnel », 1937-1938, édité par « Les cours de droit », p. 305.

Waline : « Manuel élémentaire de Droit administratif », Paris, 1936, pp. 314 et suivantes.

puie sur des faits incontestables mais qui ne suffit pas à légitimer le procédé des lois de pleins pouvoirs. Car, dès lors qu'il y a lieu de croire que l'opinion générale tend à confier au gouvernement tout ou partie du pouvoir législatif, il y a là transformation de la constitution matérielle que seule peut constater l'assemblée nationale. Aussi concluons-nous, en l'absence de tout texte constitutionnel prévoyant une législation de nécessité, à l'impossibilité juridique pour le parlement de permettre au gouvernement la modification, par voie de décrets, des textes législatifs. Seule, sous le régime des lois constitutionnelles de 1875, l'Assemblée nationale avait compétence pour accorder ces pouvoirs exceptionnels. L'exigence de cette condition était d'autant moins dangereuse qu'elle ne pouvait entraver sérieusement le vote d'un loi de pleins pouvoirs que les circonstances auraient rendue indispensable. En effet, l'Assemblée nationale n'était pas autre chose, en fait, qu'une réunion des membres des deux Chambres. D'autre part, les mêmes parlementaires qui acceptaient de voter une telle loi constituaient une majorité suffisante pour entraîner la révision de la constitution.

SECTION III

LES POUVOIRS DE CRISE DEVANT LA JURISPRUDENCE

Quelque large que puisse être l'extension de compétence accordée au gouvernement, soit par la déclaration de l'état de siège, soit par des lois de pleins pouvoirs, celui-ci acquiert, dans les périodes troublées, une volonté de domination particulièrement forte qui lui fait supporter difficilement les en-

traves légales encore opposées à son action. Aussi, le plus souvent, interprètera-t-il largement les pouvoirs exceptionnels qui lui sont reconnus, ou même prendra-t-il sur lui, arguant de la nécessité, de violer ouvertement la loi. Dans toutes ces hypothèses, les particuliers, privés de libertés ou de garanties que la loi leur assure, contesteront, devant les tribunaux, la légalité de cette attitude. Nous avons donc à compléter cet aperçu de la légalité de crise par un examen de la jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative.

C'est qu'en effet, en dehors des tribunaux administratifs normalement saisis par la voie du recours pour excès de pouvoir ou du recours en indemnité, les particuliers pourront arguer de l'illégalité des mesures gouvernementales devant les tribunaux répressifs de l'ordre judiciaire. Car, si l'article 471, 15° du Code pénal sanctionne de peines de simple police les règlements légalement faits, les délinquants peuvent soulever l'exception de l'illégalité du texte auquel ils ont contrevenu. Dans d'autres hypothèses, le gouvernement, sans recourir à l'article 471 du code pénal, aura édicté des sanctions pénales aux prescriptions qu'il entend imposer. Dans ce cas encore, les individus poursuivis argueront de l'illégalité du texte en cause.

On sait combien différent les jurisprudences administrative et judiciaire. Alors que la première, moins limitée par les textes et ayant constamment à résoudre des problèmes nouveaux, a un caractère largement prétorien ; la seconde, héritière de longues traditions, s'en tient le plus souvent à la stricte interprétation des textes. Cette opposition, nous allons la retrouver ici.

§ 1. — *Jurisprudence judiciaire*

Elle peut être résumée en une formule : les textes sur l'état de siège, les lois extensives de compétence sont des textes spéciaux, dérogeant au régime normal, et doivent donc être interprétés restrictivement. Aussi, le gouvernement ne peut-il prétendre, au nom de la nécessité, à des pouvoirs plus étendus que ceux qui lui sont expressément conférés.

« Si, aussitôt l'état de siège déclaré, les pouvoirs dont l'autorité civile était investie pour le maintien de l'ordre et de la police passent tout entiers à l'autorité militaire ; ces pouvoirs ne sont ni modifiés ni augmentés en passant d'une autorité à l'autre ; ils ne peuvent être exercés que dans les limites des attributions de l'autorité civile. » (11). Ainsi, l'autorité militaire substituée à l'autorité civile ne peut interdire la vente de l'alcool dans une région déterminée, une telle interdiction étant contraire au principe de la liberté du commerce (12). Elle ne peut pas plus, sauf texte spécial, soumettre à la taxation la vente de certaines denrées ; l'article 95 de la loi du 5 Avril 1884 n'attribuant pas au maire, auquel l'autorité militaire est substituée, d'autres pouvoirs que ceux concernant l'inspection au point de vue salubrité et fidélité du débit (13). Enfin, le gouvernement ne peut modifier par décret une disposition législative, ni édicter des sanctions pénales s'il n'y a été autorisé par une délégation générale ou spéciale de la loi. (14)

(11) Cass. crim., 12 Mai 1916. D.P. 1916.1.129, 4^e espèce.

(12) Cass. crim., 23 Sept. 1915. S. 1917.1.25, 2^e espèce.

(13) Cass. crim., 14 Avril 1916. S. 1918-19.1.110.

(14) Cass. crim., 3 Novembre 1917. 1.145, avec une note de J.A. Roux.

Mais pour aussi certain que soit ce souci de légalité, il ne conduit pas la Cour de Cassation à ignorer les nécessités du moment et à constamment entraver l'action administrative. Ainsi, l'autorité militaire peut valablement interdire la vente de l'alcool, au détail, dans les débits de boissons (15), ou interdire la circulation à certaines heures de la nuit. (16)

Dans certaines hypothèses même, et bien qu'en aucun cas elle ne se soit réclamée de la théorie du droit de nécessité, il semble que la Cour de Cassation ait été conduite à faire cette interprétation des textes plus largement que ne l'exigeait la seule logique juridique, et qu'elle ne l'aurait sans doute faite elle-même en période normale.

Ainsi, si elle déclare que le droit de fermer les débits de boissons n'appartient certainement pas aux autorités civiles, elle semble le reconnaître au profit des autorités militaires, en vertu de l'article 9 de la loi de 1849 sur l'état de siège. En effet, elle se borne à déclarer, sans en affirmer l'illégalité, que la décision prise par l'autorité militaire étant fondée sur des pouvoirs exceptionnels, ne peut être sanctionnée par les peines prévues à l'article 471 du code pénal (17). Or, il semble ressortir de cet article 9, particulièrement si l'on rapproche les mots « publication » et « réunion », que ce dernier terme vise les rassemblements concertés, et non ceux qui peuvent se produire fortuitement et sans aucun but précis, tels que ceux qui peuvent justement se former dans les débits de boissons.

(15) Cass. crim., 16 Mars 1916. D.P. 1916.1.129, 2^e espèce.

(16) Cas. crim., 17 Août 1916. D.P. 1916.1.275, 3^e espèce.

(17) Cass. crim., 20 Avril 1916. D.P. 1916.1.129, 3^e espèce, rapporté au S. 1917.1.25, 5^e espèce avec une note de J.A. Roux, précitée.

De même, le haut tribunal a décidé que l'autorité militaire a valablement pris un arrêté interdisant à tout civil de pénétrer sans autorisation dans le noyau central d'un camp retranché, car « l'état de guerre, la présence de l'ennemi sur le sol national, la nécessité de se garder contre l'espionnage, constituent des circonstances exceptionnelles, dans lesquelles les maires des communes ou le préfet auraient puisé le droit de prendre, pour assurer la sécurité publique, s'ils n'avaient été dessaisis par l'autorité militaire, le même arrêté que celui qui a été pris par le général gouverneur » (18). Interprétation certainement critiquable en Droit ; les pouvoirs de police accordés aux autorités civiles, étant régis par les mêmes textes en temps de guerre et de paix, et se limitant à la réglementation de l'usage des droits publics ou privés et non à leur subordination au pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Malgré cet effort d'interprétation, il n'en reste pas moins que la Cour de Cassation est absolument hostile à toute idée d'un droit de nécessité étendant les limites de la compétence normale du gouvernement. Le souci même que montre le haut tribunal, dans les hypothèses où il consent à cette extension, de la justifier par une interprétation des textes montre combien il entend rester fidèle à l'idée de légalité.

§ 2. — *Jurisprudence administrative*

Celle-ci se caractérise, nous l'avons déjà mentionné, par une plus grande souplesse. Elle va se marquer dès la définition même de l'état de néces-

(18) Cass. crim., 5 Août 1915. S.1917.1.25, 1^{re} espèce.

sité. Le conseil d'Etat ne va pas la limiter par des conditions précises. Il existe dès que le fonctionnement régulier des services publics ne peut plus être assuré par l'application des règles normales. C'est ainsi que l'état de guerre, quoiqu'il exige évidemment la rapidité et l'énergie de l'action étatique, n'autorisera pas, par lui-même, le gouvernement à se prévaloir en toutes circonstances de l'état de nécessité ; il ne pourra le faire qu'autant que les nécessités de la défense nationale et les circonstances de fait justifieront l'irrégularité de son action.

D'ailleurs, et quelque prétorienne qu'apparaisse sa jurisprudence, ce n'est pas sans hésitation que le conseil d'Etat s'est avancé dans cette voie de la consécration d'un droit de nécessité. Avant de déclarer simplement que des circonstances exceptionnelles autorisaient une violation de la loi, il l'a d'abord présentée comme une application particulière de la loi en cause, ou même de la loi constitutionnelle. Nous allons retracer rapidement les étapes de cette jurisprudence.

C'est en matière de grèves de fonctionnaires que le conseil d'Etat commença à élaborer sa construction des « pouvoirs de crise ». En 1906, éclate une grève dans le personnel des P.T.T. Le ministre révoque un certain nombre de fonctionnaires grévistes, sans qu'il ait été procédé à la communication préalable de leur dossier, ainsi que l'impose l'article 65 de la loi du 22 Avril 1905. Malgré cette violation évidente des formes légales, le conseil d'Etat déclara légaux les arrêtés de révocation (19). Mais

(19) C.E. 7-8-1909. *Winkel et Rosier*. S.1909.3.145, avec les conclusions du commissaire du gouvernement Tardieu et la note de Hauriou. V. également R.D.P., 1909, p.500, avec la note de M. Jèze.

il ne fait pas encore appel à la théorie du droit de nécessité. De considérants, à vrai dire confus, il ressort qu'il se réfère, soit à la théorie du contrat de droit public : c'est de ce contrat que le fonctionnaire tiendrait les garanties qui lui sont assurées, l'ayant rompu par le fait de grève, il cesserait dès lors d'en bénéficier ; soit à une conception encore plus contestable qui considère le fait de grève comme une faute disciplinaire si grave que les fautifs sont exclus *ipso facto* du service public et cessent dès lors de bénéficier des garanties reconnues aux agents.

Cette difficulté de baser en droit la solution adoptée s'éclaire si l'on considère que le conseil d'Etat a été guidé bien plutôt par des considérations d'opportunité, c'est-à-dire par le souci d'assurer, grâce à une répression immédiate des grèves, la continuité indispensable de la marche du service des postes, que par le souci juridique d'interpréter la loi. C'est d'ailleurs à ce point de vue de l'opportunité que Jèze et Hauriou, qui, tous deux, critiquent l'argumentation du conseil d'Etat, se placent pour approuver la décision elle-même.

C'est évidemment surtout pendant la guerre que devait se poser avec acuité la question de la consécration d'un droit de nécessité. C'est à propos de ce même article 65 de la loi de 1905 que le conseil d'Etat va préciser sa théorie des pouvoirs de guerre. Le 10 Septembre 1914, le gouvernement, jugeant que l'application de ce texte entraînait un retard fâcheux dans le jeu des sanctions disciplinaires, le suspendait par décret. Les fonctionnaires frappés de mesures de défaveur sans avoir pu, dès lors, obtenir communication de leur dossier, contestèrent, devant le conseil d'Etat, la validité de ce décret. Ici encore le haut tribunal va approuver cette suspension de

la loi, mais ici encore, il se refusera à faire appel à la théorie du droit de nécessité. C'est sur une appréciation hardie des textes constitutionnels qu'il va appuyer sa décision : « par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 Février 1875, le Président de la République est placé à la tête de l'administration française et chargé dès lors d'assurer l'exécution des lois... il lui incombe de veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche ; il lui appartenait, à la date du 10 Septembre 1914, d'apprécier que la communication prévue par l'article 65... était, pendant la période des hostilités, de nature à empêcher, dans un grand nombre de cas, l'action disciplinaire de s'exercer, et d'entraver le fonctionnement des administrations. » (20). Nous avons déjà rencontré cette interprétation de la loi constitutionnelle, qui est celle de Hauriou et qui fait rentrer dans le pouvoir d'assurer et de surveiller l'exécution des lois, celui d'en ordonner la suspension. Le rapprochement même de ces termes fait apparaître ce que cette interprétation a d'abusif. Duguit, examinant cette jurisprudence, la déclare « tout simplement incohérente ». (21)

Néanmoins, c'est encore à cette même explica-

(20) C.E. 28-6-1918, *Heyriès*, S. 1922.3.49, et la note de

(21) « *Traité...* », 2^e édit., T.3, p. 164 « in fine ». — Cette jurisprudence est d'ailleurs encore consacrée à plusieurs reprises à propos de cette suspension de l'article 65 de la loi du 22 Avril 1905.

V. : C.E., 14-III-1919. *L'Haridon*, R., p. 819.

C.E. 26-3-1920. *Dame Almeras*, R., p. 359.

C.E. 29-4-1921. *Perreault*, R., p. 419.

tion que le conseil d'Etat va recourir pour justifier les décrets interdisant aux boulangers la fabrication et la vente de certains articles (22). Notons qu'ici, le gouvernement ne pouvait pas même, comme pour le décret de Septembre 1914, arguer de l'impossibilité de saisir les chambres, celles-ci siégeant en permanence au moment où intervint le décret incriminé.

Dans d'autres hypothèses où il ne s'agit plus d'actes du Président, mais de décisions d'autorités inférieures, le conseil d'Etat va, cette fois, autoriser encore des violations incontestables de la loi. Mais abandonnant alors l'interprétation des textes constitutionnels, il justifiera ces décisions par celle des lois organisant les pouvoirs de ces autorités administratives. Il s'agit, en particulier, de mesures d'expulsion prises contre certains individus dont la présence près d'installations militaires pouvait présenter des dangers pour la défense nationale.

On sait que la déclaration de l'état de siège transfère à l'autorité militaire les pouvoirs de police du maire et que l'art. 9 de la loi de 1849 permet, de plus, d'éloigner les repris de justice et les individus qui n'y ont pas leur domicile, des lieux soumis à l'état de siège. Or, dans de multiples hypothèses, des mesures d'expulsion furent prises contre des individus qui n'entraient nullement dans ces catégories. Le conseil d'Etat va déclarer légales ces mesures, car « les limites des pouvoirs de police, dont l'autorité publique dispose pour le maintien de l'ordre et de la sécurité, tant en vertu de la législation municipale que de la loi du 9 août 1849, ne sauraient être les mêmes dans le temps de paix et

(22) C.E., 14-5-1920. *Syndicat patronal de la boulangerie de Paris et de la Seine*. R., p. 499.

durant la période de guerre, où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande, et exigent pour la sécurité publique des mesures plus rigoureuses ». (23). Remarquons que, s'il est concevable de parler d'une interprétation plus large de la loi municipale, bien qu'il ne s'agisse, en l'espèce, que de cacher une violation certaine de cette loi ; le même raisonnement peut difficilement s'appliquer à la législation de l'état de siège : celle-ci étant justement conçue pour les périodes de crise grave et, en particulier, de guerre étrangère. Quoiqu'il en soit, c'est déjà là accepter l'idée d'une légalité spéciale au temps de guerre, basée, non sur un texte précis, mais justifiée par la seule gravité des circonstances.

Enfin, et ce sera l'aboutissement normal de cette évolution jurisprudentielle, le conseil d'Etat va accepter la violation de la loi, sans plus recourir à de subtiles interprétations de textes. Un maire est frappé de mesures disciplinaires, en raison de son attitude au début des hostilités, sans qu'il ait été procédé aux mesures d'avertissement prévues par l'article 86 de la loi municipale de 1884. Le conseil d'Etat déclare : « les circonstances exceptionnelles résultant de l'état de guerre autorisaient l'administration à prendre, à cette date, sans se conformer aux prescriptions de l'art... toute mesure provisoire » (24).

(23) C.E., 30-4-1920. *Dame Tassus*, R., p. 430. Cette même formule avait déjà été usitée par le conseil d'Etat dans une affaire où il s'agissait de limitations à la liberté individuelle, apportées par les arrêtés d'un gouverneur militaire. V. C.E. 28-2-1919, *Dames Dol et Laurent*, R., p. 208, rapporté au S. 1918-1919.3.33, avec une note de Hauriou, et in R.D.P., 1919, p. 239, avec une note de M. Jèze.

(24) C.E., 4-2-1921. *Lelièvre*, R., p. 129.

C'est donc bien là, cette fois, la reconnaissance pure et simple du droit de nécessité, puisque les seules « circonstances exceptionnelles » suffisent à autoriser la violation de la loi. La même solution ressort, par un raisonnement *a contrario*, d'un arrêt *Payot* : un fonctionnaire est suspendu au début des hostilités, et sans communication préalable de son dossier, alors que le décret du 10 Août 1914 n'est pas encore intervenu. La mesure ainsi prise est illégale parce que « aucune circonstance exceptionnelle provenant de l'état de guerre, — il s'agissait, en l'espèce, du recteur de l'Académie d'Aix, — ne s'opposait, dans l'espèce, à l'application des règles légales ». (25)

Dès lors, le conseil d'Etat appliquera encore à plusieurs reprises cette théorie du droit, créé par la nécessité, de ne pas appliquer les lois. L'arrêt *Cotte* (26) déclare valable une mesure certainement abusive en raison « de la période critique et de l'extrême urgence des mesures à prendre ». Il aura même à en faire l'application en temps de paix. Rappelons la célèbre affaire *Couiteas*, où le conseil d'Etat affirme que « si le justiciable nanti d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la formule exécutoire est en droit de compter sur l'appui de la force publique... le gouvernement a le droit de refuser le concours de la force armée tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité » (27). Une indemnité pécuniaire était d'ailleurs reconnue au particulier ainsi lésé. Cette même jurisprudence que certains prétendaient expliquer par les circonstances particulières de l'espèce : pays de protectorat et

(25) C.E., 23-2-1923. *Payot*, R., p. 192.

(26) C.E., 31-10-1924. *Cotte*, R., p. 839.

(27) C.E., 30-11-1923. *Couiteas*, S. 1923.3.57.

refus indéfini d'exécuter le jugement, a été reprise à propos des occupations d'usines de 1936 et 1937. L'arrêt *Cartonnerie de Saint-Charles* (28) reprend l'argumentation de l'arrêt *Couiteas* : l'autorité administrative requise d'exécuter une décision judiciaire « est, en principe, tenue d'agir... Toutefois, l'éventualité de troubles graves qu'aurait pu entraîner l'exécution forcée a pu constituer une circonstance exceptionnelle l'autorisant à différer l'exécution ». Enfin, dans deux affaires similaires où des fonctionnaires avaient été frappés de mesures de défaveur, en raison de leur activité nuisible au pays, sans avoir obtenu communication de leur dossier, le conseil d'Etat approuva l'attitude gouvernementale (29). Néanmoins, et bien qu'il ait marqué dans les deux affaires que les décisions avaient été ainsi prises en raison des circonstances, le haut tribunal revient alors à la méthode d'interprétation des textes. Dans les deux cas il conclut, en effet, que les mesures prises, dans un cas, mise à la disposition du ministre, dans l'autre, rapatriement, ne constituent ni des mesures disciplinaires, ni des déplacements d'office, et qu'il n'y a donc pas lieu à application de la loi de 1905.

Si la jurisprudence de la Cour de Cassation, basée, nous l'avons vu, sur une stricte interprétation des textes, ne soulève guère de problèmes juridiques, si ce n'est peut-être celui de la justesse de certaines de ces interprétations ; il n'en va pas de même des décisions du conseil d'Etat. Celles-ci, par leur

(28) C.E., 3-6-1938. 3 arrêts. D.P. 1938.3.65, avec une note de J. Appleton.

(29) C.E., 20-5-1927. *Le Roy d'Etiolles*, R., p. 576.

C.E., 22-3-1929. *Gros*, S. 1929.3.129, avec une note de M. Mestre.

hardiesse et leur caractère novateur, ont soulevé les discussions doctrinales.

Si on l'apprécie du point de vue de la protection assurée aux particuliers, cette jurisprudence réalise un progrès certain sur la théorie des actes de gouvernement dont on pouvait craindre le développement, particulièrement à la faveur des tragiques circonstances de la guerre. On sait qu'il s'agit là d'actes qui, pour des motifs d'opportunité politique, échappent à tout recours juridictionnel. Cette catégorie d'actes, après avoir été longtemps largement conçue comme comprenant tous ceux inspirés par un mobile politique, est maintenant restreinte à une énumération d'actes politiques, dressée par la jurisprudence administrative, sous l'autorité du tribunal des conflits. L'administration active, elle-même, ne semble plus chercher à développer cette liste. Ainsi, lors des débats parlementaires soulevés par l'affaire *Cowiteas*, le ministre s'engageait-il à ne pas recourir à cette théorie des actes de gouvernement, soulignant ainsi le désir de l'administration de voir sa décision non seulement imposée en fait, mais encore approuvée en droit. Quoiqu'il en soit, le conseil d'Etat, lorsqu'il est saisi d'un recours contre un des actes rentrant dans cette énumération, se borne à déclarer qu'« il n'est pas de nature à être porté devant la juridiction contentieuse », et ne pousse pas plus avant l'examen de l'affaire. Cette absence de recours juridictionnel permet donc au gouvernement, dans toutes ces hypothèses, de ne plus se soumettre aux règles légales.

Ici, il en va tout autrement. Le conseil d'Etat examine l'affaire au fond et déclare légale ou non l'attitude du gouvernement, mais sa jurisprudence va différer de celle des temps normaux en ce que,

dans certaines hypothèses, elle approuvera certains actes qu'elle eût incontestablement annulés en période normale. La protection des administrés est donc toujours assurée par le recours possible au juge, mais celui-ci, tout en continuant d'exercer son contrôle, va laisser au gouvernement une plus grande liberté qu'à l'accoutumée. Rappelons la formule usitée par le haut tribunal : « il appartient au juge, sous le contrôle duquel s'exercent ces pouvoirs de police, de tenir compte des nécessités de l'état de guerre, selon les circonstances de temps et de lieu et la nature des périls qu'il importe d'éviter ».

D'autre part, nous avons vu, avec l'arrêt *Couiteas*, s'accroître encore cette protection assurée aux particuliers, puisqu'au cas où l'administration violerait la loi, tout en justifiant cette illégalité par la nécessité de sauvegarder les intérêts de la collectivité, le requérant peut se voir allouer une indemnité. Notons pourtant le danger de toute cette jurisprudence qui, faisant de l'illégalité un acte licite, ne pouvant donc jamais entraîner la responsabilité personnelle du fonctionnaire, peut tendre à la multiplier.

Mais si, de ce point de vue, la jurisprudence du conseil d'Etat ne soulève guère de critiques, sa valeur au point de vue juridique est, elle, contestable. Nous avons vu, en effet, le haut tribunal affirmer, avec toujours plus de netteté à mesure que se développait sa jurisprudence, le principe de la valeur juridique de l'état de nécessité. Ce principe est-il acceptable ? S'il l'est, quelles en doivent être les conséquences ?

SECTION IV

EXAMEN JURIDIQUE DU DROIT DE NÉCESSITÉ

Placée devant de nombreux exemples d'actes gouvernementaux illégaux accomplis en période de crise, soucieuse de justifier l'approbation donnée par le conseil d'Etat à ces actes la doctrine a tenté de diverses manières de les expliquer.

Certains auteurs écartent délibérément toute solution juridique ; la théorie de la nécessité étant pour eux exclusivement politique (30). L'acte fait par le gouvernement est donc irrégulier, illégal, mais cette illégalité, si elle a été commise dans le but de servir l'intérêt général, d'assurer la marche régulière des services publics, est excusable. Le gouvernement demandera au parlement une absolution formelle qu'il lui accordera par un « bill of indemnity » (31). Cette conception se heurte au fait certain que ces actes, ainsi accomplis par le gouvernement, sont considérés comme valables dès leur apparition. L'on peut encore expliquer leur efficacité quant aux particuliers par les moyens de contrainte dont dispose le gouvernement, mais comment expliquer l'approbation donnée par les tribunaux ? D'autre part, cette thèse n'apporte pas à l'arbitraire gouvernemental d'autre frein que la volonté parlementaire ; nous avons déjà indiqué que ce contrôle

(30) V. Barthélemy et Duez : « Traité de Droit constitutionnel », 2^e édition. Paris. Dalloz, 1933, p. 242. « L'état de nécessité n'est pas une théorie juridique, mais seulement une théorie politique qui, dans les rapports du parlement et du gouvernement, rend l'illégalité excusable ».

(31) Id., p. 244. C'est également l'opinion de Esmein et Nézard : « Eléments... », 8^e éd., Sirey, 1928, T.II, p. 90.

ne nous paraît pas présenter les garanties suffisantes pour être juridiquement efficace ; d'autant plus que l'expérience a montré la difficulté de ne pas approuver des mesures déjà mises en application.

Aussi, d'autres auteurs s'appuient-ils sur l'existence d'un véritable « droit de nécessité » qui permettrait cette violation des lois. Nous avons déjà rencontré cette théorie d'un droit naturel de nécessité qui permettrait de couvrir toutes les illégalités. Mais elle a été présentée ici sous un aspect particulier, qui tend à en limiter les conséquences et qui nécessite un examen plus approfondi. L'acte accompli par le gouvernement en violation de la loi constituera bien normalement un acte illégal, mais il perdra ce caractère s'il a été accompli dans le but de défendre les intérêts de la collectivité, comme la violence commise par le particulier perd son caractère illicite si son auteur se trouvait en état de « légitime défense ». Cette doctrine a été particulièrement exposée par Hauriou. (32)

Ainsi présentée, cette doctrine réalise un évident progrès sur celles, exclusivement politiques, précédemment exposées. Elle explique, en effet, la valeur juridique de l'acte accompli en violation de la loi. Elle a, de plus, l'avantage de limiter la possibilité de recourir à cet argument de nécessité. On sait en effet que ce n'est que dans certaines conditions précises que peut être invoqué ce recours à la compétence de légitime défense. En faisant application de ces conditions, on doit conclure à ce que le gouvernement ne pourra invoquer cette théo-

(32) « Précis de Droit constitutionnel », 2^e éd. Paris. Sirey, 1929, p. 452 et note 89. Voir également note sous C.E. 28-6-1918, S.22.3.49.

rie qu'en cas de danger effectif, et dans les seules hypothèses où il lui sera absolument impossible de ne pas appliquer la loi.

M. Gouet critique cette théorie du « droit de légitime défense de l'Etat » (33) : « Elle fait, dit-il, de l'Etat une entité personnelle, titulaire de droits subjectifs qui deviennent de véritables droits des gouvernants, ce qui ne correspond point à la vérité dans l'Etat moderne ». Cette conclusion ne nous semble pas s'imposer, et la théorie de la légitime défense de l'Etat pourrait être, croyons-nous, également invoquée par les partisans d'une théorie purement réaliste de l'Etat. D'autre part, la compétence de légitime défense ne lui paraît exister qu'autant qu'elle est consacrée par un texte de droit positif. Ce texte faisant défaut dans les lois constitutionnelles de 1875, il n'y aurait pas lieu de la reconnaître aux gouvernants. Ici encore, cette conclusion nous paraît contestable ; cette compétence nous apparaissant comme un droit naturel ; application particulière d'une théorie plus générale, celle de la substitution de compétence.

C'est en la considérant de ce point de vue que nous critiquerons la conception que se fait habituellement de la compétence de légitime défense la doctrine. Celle-ci représente les hypothèses où elle entre en jeu, comme autant de cas où disparaît l'application des lois. L'individu qui y a recours lui apparaît donc comme *lege solutus*. C'est là ne voir que le côté négatif du phénomène, et n'en faire qu'un cas d'application, mais circonscrit dans d'étroites limites, du droit de nécessité. Mais il se pré-

(33) Gouet : « La question constitutionnelle des prétendus décrets-lois ». Paris. Dalloz, 1932, p. 202.

sente aussi sous un aspect positif qui lui donne sa valeur juridique. L'individu, lorsqu'il use de cette compétence exceptionnelle, en est investi afin de remplir une fonction sociale : il pallie, en effet, les défaillances inévitables, au moins dans certaines circonstances imprévisibles, des agents publics d'exécution. C'est cet aspect positif qui fait de la compétence de légitime défense un « droit naturel » dont l'application sera d'autant plus limitée que sera plus poussée l'organisation étatique et donc plus rares les défaillances des agents publics. C'est sur lui que nous nous appuierons pour esquisser une solution au problème des pouvoirs de crise.

La loi est l'expression des règles nécessaires au développement et au maintien de la solidarité nationale. Or, dans les périodes de crise, celle-ci exige la disparition ou, tout au moins, l'atténuation des droits des individus. De cette exigence, le parlement est normalement l'interprète. Mais il arrive justement dans ces circonstances qu'il soit dans l'impossibilité de remplir sa fonction. Or, l'accomplissement de celle-ci est indispensable : c'est donc à l'organe immédiatement inférieur, c'est-à-dire au gouvernement qu'il sera dévolu de la remplir. C'est à lui qu'il appartiendra de constater en l'absence du parlement, cette *opinio juris* de la collectivité, qui exige un gouvernement fort et la limitation des entraves légales qui limiteraient son action. Mais tant que le gouvernement agit ainsi, il sort de ses attributions normales pour accomplir celles du parlement ; il agit donc comme organe législateur, et les décisions qu'il prend dans ces circonstances ont valeur de lois. Nous sommes alors, en effet, devant une hypothèse de substitution de compétence. Or, les actes accomplis par l'organe inférieur, en remplacement de l'organe supérieur défaillant, doivent

être imputés à celui-ci. C'est ainsi que les actes du fonctionnaire de fait sont imputables à l'administration (quand ils sont, bien entendu, accomplis dans des conditions telles qu'il n'y ait pas simple usurpation de fonctions).

Il y a donc alors, pensons-nous, une situation analogue à celle qui se présente pendant certaines périodes de troubles, caractérisés par une confusion des pouvoirs législatif et exécutif (34). On admet alors que le gouvernement puisse prendre des décisions possédant force législative ; celles-ci constituent les « décrets-lois », au sens technique du terme. Les mêmes circonstances de fait se produisent, quoique pendant un laps de temps plus bref, lorsque le parlement ne peut se réunir, en raison d'un cas de force majeure. Elles doivent conduire aux mêmes solutions juridiques.

Ainsi s'explique la possibilité, pour le gouvernement, de modifier les lois ou d'en suspendre l'application. Ainsi s'explique que de tels actes soient valables dès leur origine et sans qu'intervienne une ratification parlementaire. Mais cette théorie emporte d'autres conséquences qu'il faut dégager ici.

Tout d'abord, ce n'est que devant l'impossibilité de réunir les chambres que le gouvernement acquiert ainsi compétence législative. Cette limitation étant d'ailleurs celle qui résulte également de la théorie de la légitime défense, où l'individu ne peut agir lui-même qu'autant que les agents publics sont incapables d'assurer sa protection. Ainsi, c'est valablement, pensons-nous, que le gouvernement français légiférait pendant les premiers mois de la guerre 1914-1918 ; que le gouvernement belge le

(34) V. Barthélemy et Duez : « Traité... », 2^e éd., p.779.

faisait également pendant cette même guerre. Mais nous pensons, avec la Cour de Cassation et contre l'avis du conseil d'Etat, que le gouvernement ne pouvait pas, juridiquement, modifier les lois, alors que le parlement siégeait en permanence. Que faut-il conclure dans les hypothèses où le parlement peut se réunir, mais où il ne peut, en fait, légiférer sur certaines matières pour des motifs de discrétion ou de célérité ? Quelque importantes que puissent être ces considérations pratiques, nous ne pensons pas, ici encore, qu'il faille alors reconnaître au gouvernement, compétence pour modifier la loi. Le faire, c'est constater, sans y remédier, une faiblesse de l'organisation constitutionnelle. Le remède qu'impose la logique juridique, et qui, politiquement, nous paraît d'ailleurs le meilleur, est d'organiser l'organe législatif de telle manière qu'on n'ait à craindre ni la lenteur de ses décisions, ni l'indiscrétion de ses membres.

Une seconde conséquence doit encore découler de cette théorie. Le gouvernement peut modifier la loi, non pas parce qu'il serait *lege solutus*, ce qui est renoncer à une explication juridique, mais parce qu'il remplit les fonctions de législateur. Mais il continue, en même temps, à remplir ses fonctions d'agent d'exécution, et alors il reste soumis aux lois qu'il ne peut transgresser. Il en résulte que, s'il peut, par une décision formelle, telle que le décret du 10 Septembre 1914, suspendant l'application de l'article 65 de la loi de 1905, modifier un texte législatif, il ne peut prendre de décisions particulières en violation des lois, tant qu'il n'a pas procédé formellement à leur modification ou à leur abrogation. Il ne faut donc pas conclure que le gouvernement peut prendre toutes les décisions qu'il jugera opportunes, sans se soucier des lois qui pourraient entraver son

action ; il est, au contraire, continuellement soumis aux lois, mais ces lois, il pourra les modifier s'il le juge nécessaire. La conséquence en est importante pour les particuliers : au lieu de se voir exposés à une décision illégale, que le gouvernement prétendra imposée par la nécessité, ils ne pourront voir disparaître les avantages et les garanties qu'ils tiennent de la loi, qu'autant qu'un texte formel aura modifié celle-ci.

Mais comment expliquer le contrôle qu'exercent les tribunaux sur cette activité du gouvernement, si elle est de nature législative ? La loi n'échappe-t-elle pas justement à tout contrôle juridictionnel ? Cette argumentation ne nous paraît pas décisive ; l'absence de contrôle juridictionnel des lois n'a pas d'explication juridique. Elle repose sur le dogme, bien ébranlé, de la souveraineté et de l'infailibilité du parlement. Elle est donc basée sur un élément purement formel, l'organe dont émane la loi et non sur la nature même de celle-ci. Il n'y a donc pas de motif valable à ce que ce contrôle ne joue pas à propos d'une loi, émanant, non plus du parlement, mais du gouvernement, qui ne présente pas ce caractère d'infailibilité. Notons d'ailleurs que le droit constitutionnel moderne tend à instaurer ce contrôle juridictionnel de la loi et que le conseil d'Etat lui-même, s'il se refuse à tout contrôle de sa constitutionnalité, en est venu néanmoins à consacrer la responsabilité née de la loi. Mais une fois admise l'existence de ce contrôle, sur quoi aura-t-il à porter ? Il ne pourra évidemment, puisqu'il est de nature exclusivement juridique, porter sur l'opportunité des mesures ainsi prises par le gouvernement, mais il vérifiera si l'investiture législative dont il prétend user est régulière ; or, cette investiture est conditionnée par un fait, l'état de nécessité, c'est-à-

dire, pour nous, l'impossibilité de réunir les chambres. C'est à la vérification de l'existence de ce fait que devra se borner le contrôle du juge. Le contrôle de l'opportunité sera, lui, assuré par le parlement lorsqu'il pourra de nouveau se réunir. Quel sera donc l'effet de la ratification qu'il accordera ou qu'il refusera ?

Si l'on considère, comme nous pensons qu'on doive le faire, que les décisions prises par le gouvernement ont valeur de loi, il en résulte que la ratification n'ajoute rien à la validité de ces décisions. Quelle est donc son utilité ? Tout d'abord du point de vue politique, le parlement agissant comme organe de contrôle aura à approuver les décisions prises en son nom par le gouvernement. Organe considéré comme souverain, en prenant ce terme dans son acception courante, il tiendra à manifester, dès qu'il lui sera possible, la domination qu'il exerce, et à montrer qu'il entend réduire le gouvernement à son véritable rôle. Du point de vue juridique, la ratification aura pour effet, non pas de donner à l'acte gouvernemental une valeur de loi qu'il possède déjà (c'est ainsi que le décret du 10 Septembre 1914 est unanimement considéré comme valable sans qu'il ait été ratifié), mais de faire cesser toute contestation contentieuse sur la validité de la décision intervenue, puisque celle-ci, étant ainsi appropriée par le parlement, possèdera dès lors cette force formelle qui interdira aux tribunaux d'en connaître.

Quant au refus de ratification, il faut distinguer, quant à ses effets, deux périodes. Pendant celle qui s'étend entre la prise du décret par le gouvernement et la décision parlementaire, il restera valable même s'il n'est pas ensuite ratifié. Il faudra donc, pour l'anéantir rétro-activement, une décision formelle du parlement. Après la décision prise par

le parlement, ce refus de ratification doit donc s'analyser, non comme cette annulation rétro-active, mais comme une abrogation ; le parlement ne voulant pas anéantir les effets utiles que le décret a pu avoir dans le passé, mais estimant préférable pour l'avenir le retour à la législation normale.

Cet essai de construction d'une théorie de la nécessité nous conduit à désapprouver les conclusions auxquelles a abouti la jurisprudence du conseil d'Etat, si ce n'est dans les quelques hypothèses où la suspension de la loi a été prononcée par un texte formel, pendant la période où il était en fait impossible au parlement de se réunir.

L'on pourra peut-être approuver cette jurisprudence comme correspondant à des réalités politiques certaines. Beaucoup pensent, en effet, et cette opinion semble avoir pénétré jusque dans les milieux parlementaires, qu'il vaut mieux, dès que s'ouvre une période de difficultés, consacrer l'effacement du pouvoir législatif devant le gouvernement. Nous ne saurions, quant à nous, adhérer à ces conclusions : les organes de l'Etat, répétons-le, ne jouissent pas de droits, mais sont, au contraire, étroitement astreints aux obligations de leur fonction. L'absence de ce sentiment du devoir fonctionnel, la tendance à considérer la compétence comme un droit auquel on peut renoncer — et, en fait, les abdications du parlement français furent nombreuses depuis la guerre — n'auront pas été les moindres causes de la disparition du régime parlementaire français.

CONCLUSION

Il n'est sans doute pas inutile, pour conclure cet exposé du Droit positif français, de rappeler brièvement les observations que nous avons pu faire dans cette première partie.

Il faut, tout d'abord, rejeter l'idée d'une détermination matérielle du domaine des activités du parlement et du gouvernement. Les théories, inspirées de Rousseau, qui voudraient limiter le rôle du premier à la détermination des règles générales, et celui du second à celle des mesures particulières d'application, sont en contradiction avec les données du droit positif.

En effet, le législateur peut habiliter le gouvernement à prendre dans les domaines qu'il définit des mesures de portée générale. Sans doute, il faut, croyons-nous, déclarer inconstitutionnelles les habilitations qui vont jusqu'à permettre au gouvernement de violer ou de suspendre l'application des textes légaux. Il n'en reste pas moins que le gouvernement peut recevoir compétence pour prendre des mesures de nature législative. Celle-ci sera alors pleinement discrétionnaire. Le gouvernement pourra décider quelles devront être ces mesures, et quand il sera opportun de les prendre.

Le plus souvent, néanmoins, le législateur prendra lui-même les décisions de principe ; nous avons vu que dans ce cas, le gouvernement ne pouvait, par son inertie, les laisser en sommeil. Il ne peut,

en effet, refuser d'appliquer la loi dans sa généralité, ni même suspendre son exécution vis-à-vis de toute une catégorie d'administrés. Il faut, cependant, lui reconnaître alors la compétence de déterminer quelles mesures d'application lui paraissent le plus convenables, et lui laisser le temps matériel de les prendre. Le refus, en effet, n'apparaît comme fautif que s'il est systématique.

Enfin, lorsqu'il s'agit d'applications particulières de la loi, c'est-à-dire toutes celles visant un ou des individus déterminés, la compétence du gouvernement va apparaître comme normalement discrétionnaire. Cependant, dans les cas où le législateur aura prévu expressément les circonstances qui devront déterminer une certaine activité des agents publics, celle-ci sera dès lors obligatoire. Il y aura compétence liée.

Quant à l'application des jugements, nous avons vu qu'elle était strictement obligatoire pour le gouvernement. Ce n'est que dans des cas exceptionnels, et en vertu d'une jurisprudence contestable, que la non-exécution d'un jugement peut parfois être tolérée.

Il apparaît donc impossible de déterminer avec précision le domaine de la compétence discrétionnaire. S'il fallait le préciser en une formule concise, on ne pourrait que déclarer qu'il est déterminé, au regard de chaque loi particulière, par la volonté du législateur. Il nous faut maintenant expliquer logiquement, et cette subordination stricte aux décisions juridictionnelles, et cette détermination par le législateur du domaine de la compétence discrétionnaire du gouvernement. C'est à la recherche de cette explication que nous consacrerons la deuxième partie de cet essai.

DEUXIÈME PARTIE

LA DOCTRINE

Il nous faut maintenant, après avoir esquissé ce tableau du Droit positif français, en rechercher l'explication juridique. Ce n'est pas, certes, que les solutions doctrinales fassent défaut en notre matière. Mais, au contraire, la variété de celles qui ont été proposées, leur opposition parfois, laissent place à un effort sinon de création, du moins de synthèse. C'est dans cet esprit que nous nous proposons d'étudier maintenant ces diverses théories. Il ne peut d'ailleurs s'agir ici d'un exposé doctrinal complet, et nous ne saurions satisfaire à cette tâche, mais d'un simple essai de marquer les caractéristiques les plus nettes et les points les plus intéressants des diverses thèses en présence.

Les diverses méthodes suivies par les auteurs permettent, dès l'abord, de faire entre eux une division sommaire. Les uns, soucieux avant tout de réalisme et de précision et plus désireux de présenter un tableau exact des institutions que d'élaborer des théories purement logiques, ne cherchent pas à résoudre le problème par un appel à des notions abstraites et au seul raisonnement juridique. C'est avant tout sur l'observation des réalités politiques et sociales qu'ils s'appuient. D'autres, au contraire, s'ils ne dédaignent pas ce recours à l'observation, n'y voient qu'une base, que le point de départ de synthèses doctrinales qui leur permettront, ayant abouti à une conception générale de l'Etat et du Droit, d'en déduire les solutions des problèmes nouveaux qui pourront se présenter. Ainsi, l'examen des faits, s'il n'est pas, ici non plus, négligé, ne constitue plus, dans ces théories, une fin, mais le matériau et le moyen de vérification de constructions logiques.

Cette opposition de méthodes va se marquer particulièrement nettement en notre matière. Alors que certains vont l'examiner sous un angle exclusivement pragmatique : celui des rapports entre les différents organes de l'Etat, parlement, gouvernement, tribunaux, envisagés comme forces politiques ; d'autres vont dépasser cette étude des organes pour préciser la notion de fonctions étatiques, et déduire ainsi la solution de notre question de leur conception de la loi et des actes administratifs ou juridictionnels. Si cette seconde méthode peut sembler moins réaliste, puisqu'elle quitte le domaine des faits pour celui des hypothèses logiques, elle réalise cependant un progrès certain qui nous la fait paraître préférable. Car la simple observation des faits, pour intéressante et nécessaire qu'elle soit, ne peut être, en effet, qu'un stade de la connaissance scientifique, puisqu'elle ne permet pas, sans le recours aux hypothèses, de poser les règles générales qui sont l'objet même de toute science.

Le reproche que l'on pourrait faire à cette méthode déductive d'aboutir à une multiplicité de solution, celles-ci étant aussi nombreuses que les doctrines proposées, s'applique d'ailleurs autant à celle de pure observation. C'est qu'il ne s'agit pas ici de phénomènes physiques, exactement observables et renouvelables à loisir, mais bien plutôt de données sociales mouvantes et confuses. Ce n'est donc, au contraire, qu'en s'efforçant de se dégager de ces données purement contingentes que l'on peut tenter d'arriver à une solution unique.

Rappelons d'ailleurs que la distinction ainsi faite entre les diverses doctrines, ne peut avoir qu'un caractère schématique et sommaire. Entre ces théories, basées sur la stricte observation des faits, et que l'on peut qualifier de pragmatiques, et l'Ecole

de la pure théorie du Droit, s'échelonne toute une gamme d'opinions: Nous nous efforcerons de suivre ce développement de la pensée juridique, marqué à chaque étape par un nouvel effort vers l'abstraction et l'abandon des notions contingentes, et nous essayerons ainsi d'esquisser une explication générale des faits que nous avons constatés dans notre première partie.

CHAPITRE PREMIER

LES DOCTRINES PRAGMATIQUES

Nous avons déjà indiqué que, quelque réaliste que puisse apparaître cette méthode, la simple observation des forces politiques en présence pouvait, devant la difficulté d'interpréter des données aussi mouvantes, conduire à des conclusions diverses, voire opposées. L'étude des doctrines de M. Barthélemy et de Hauriou va nous permettre de vérifier cette assertion.

Tous deux posent à leurs développements les mêmes prémisses : le droit constitutionnel est essentiellement une étude de science politique, ayant pour but de déterminer le rôle des différents organes de l'Etat. C'est qu'en effet, la Loi ne leur apparaît pas comme une règle d'action s'imposant aux agents, mais comme, au contraire, une limite posée à leur initiative (1). L'élément créateur, positif de l'Etat,

(1) Hauriou l'affirme avec une particulière netteté : « les règles de Droit, et c'est vrai surtout de la loi, ne se présentent pas comme des principes d'action, car l'initiative, et l'activité juridique appartiennent aux individus ; ce sont bien plutôt des bornes, des restrictions apportées à l'autonomie des sujets de Droit ». *Droit Administratif*. 12^e édition. 1933, p. 353. V. du même auteur : « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », in *Mélanges. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, pp. 233-240.

est donc cette activité des différents organes, si bien qu'une étude purement juridique en est impossible, puisque la règle de droit n'en constitue pas la matière, mais seulement la limite. C'est donc vers l'étude des éléments politiques qui conditionnent cette activité qu'il faut se tourner. Mais les conclusions qu'ils en tireront vont différer chez les deux auteurs.

SECTION I

M. BARTHÉLEMY

La conception du Droit de M. Barthélemy est essentiellement pragmatique. « Le publiciste, dit-il, n'a pas le droit de construire des théories avec les données de son cerveau. Il doit d'abord systématiser les faits positifs, sauf ensuite à les approuver ou à les regretter. » (2). Aussi, le voit-on plus soucieux d'observer les institutions politiques des divers pays sur lesquels a porté son étude, d'étudier leur évolution, d'y démêler la part des faits et celle des hommes, que d'élaborer un système purement juridique. (3)

Ce pragmatisme, nous l'allons retrouver dans l'étude qu'il a consacrée à notre sujet. Le rôle du gouvernement ne peut se borner à l'exécution de la loi. Bien loin d'être réduit à ce rôle de simple commis, il a pour tâche d'assurer la vie concrète de

(2) « De la liberté du Gouvernement vis-à-vis des lois dont il est chargé d'assurer l'application », in R.D.P., 1907, pp. 295 et suiv.

(3) V. la préface de M. Barthélemy à « La Démocratie » de Kelsen. Sirey, 1932, dans la « Bibliothèque constitutionnelle et parlementaire contemporaine ».

l'Etat, comme les pouvoirs législatif et juridictionnel ont celle d'assurer sa vie abstraite (4). Pour la mener à bien, il doit pouvoir prendre, en toute indépendance, les décisions qu'il juge nécessaires. Si l'on pouvait concevoir un gouvernement qui bornerait son rôle à obéir aux lois, ce serait un très mauvais gouvernement. Car le législateur est inapte à satisfaire aux nécessités concrètes. « Ce ne sont pas les lois qui peuvent édicter l'intelligent emploi des ressources, la sage direction des services, la compréhension et la prudente gestion des intérêts nationaux au dedans et au dehors. » (5)

Donc, liberté du gouvernement vis-à-vis de la loi, mais liberté limitée. Et M. Barthélemy fait ici la distinction que nous avons exposée entre la violation négative et la violation positive de la loi ; celle-ci demeurant interdite. La loi est ainsi la limite apportée à l'initiative du gouvernement ; elle définit sa sphère d'action, mais dans celle-ci, il est libre. Il ne peut la violer, agir contre ses prescriptions, mais elle ne peut plus lui imposer de règle d'action. Il y a seulement en sa faveur une « présomption d'application » qui ne s'impose au gouvernement qu'autant qu'il le juge opportun.

Après cet exposé des faits vient leur explication juridique. Celle-ci, à l'encontre de ce que pouvait faire présager cette compétence discrétionnaire ainsi reconnue au gouvernement, repose essentiellement sur l'omnipotence de la volonté du parlement et sur l'efficacité juridique de son contrôle. Le gouvernement est soumis à ce contrôle, le parlement peut à

(4) R.D.P., 1907, p. 300.

(5) Id., p. 301. Voir, dans le même sens, Barthélemy et Duez : « Traité de droit constitutionnel », 2^e éd., 1933, p. 749.

tout moment ou le renverser ou le maintenir en fonction. Si donc, il lui maintient sa confiance alors qu'il refuse ou néglige d'appliquer une loi, c'est qu'il approuve cette attitude. Il y a, dès lors, une sorte d'abrogation tacite de la loi. « C'est le parlement qui, avec la collaboration du gouvernement, fait les lois, le gouvernement, avec la collaboration du parlement, peut les suspendre. » (6)

Ainsi donc, et bien que M. Barthélemy mette l'accent sur cette collaboration entre le parlement et le gouvernement, c'est à ce dernier que revient, en définitive, le soin de faire appliquer ou non la loi. C'est qu'en effet, il possède seul la qualité de représentant. Le Président ne présente pas ce même caractère. Il doit donc être soumis à la volonté parlementaire. Dans la démonstration de cette affirmation va apparaître encore ce pragmatisme inhérent à la doctrine de M. Barthélemy. Sans doute, les constituants de 1875 ont-ils entendu faire du Président un représentant. Les pouvoirs étendus dont ils l'ont investi : droit de convoquer les chambres en session extraordinaire, de renvoyer les lois en seconde lecture, d'ajourner les chambres, de les dissoudre même, pour ne citer que les plus caractéristiques, en sont autant de preuves. Mais, en fait, ils n'ont pas réussi à atteindre le but qu'ils s'étaient proposé. Des maladresses constitutionnelles, telles que l'élection du Président par les chambres, son irresponsabilité ; des circonstances de fait : la méfiance envers le premier Président, l'effacement de ses successeurs, le refus souvent répété de l'Assemblée nationale d'élever à ce poste les personnalités les plus marquantes, en ont fait un agent sans volonté propre. Cette su-

(6) R.D.P., 1907, p. 311.

bordination aux chambres s'est assez marquée par la démission imposée aux Présidents qui voulurent affirmer quelque indépendance ou quelque autorité. (7)

Quoi qu'il en soit de cette dernière question, nous ne pensons pas que soit acceptable l'explication, donnée par M. Barthélemy, d'une abrogation tacite.

Elle ne semble pas, tout d'abord, rendre un compte exact des faits. Peut-on parler d'abrogation de la loi, alors que le gouvernement pourra, à son gré, la remettre en application, sans qu'il soit évidemment nécessaire d'obtenir un nouveau vote du parlement ? Faudra-t-il alors déclarer que ce vote doit être, lui aussi, considéré comme tacitement renouvelé ?

Et notons que cette conception apparaît comme singulièrement dangereuse pour les administrés. Ceux-ci sont légitimement en droit de compter sur une certaine stabilité des décisions législatives qui s'imposent à eux. Que devient-elle si l'acte législatif peut-être abrogé sans qu'aucune manifestation extérieure vienne avertir les assujettis ? Ce souci de stabilité et de sécurité juridique a une importance si réelle que lorsqu'il s'agit de retrait ou d'abrogation, même exprès, de simples actes administratifs, le conseil d'Etat s'efforce, dans sa jurisprudence, de conditionner et de limiter les pouvoirs gouvernementaux.

Plus généralement, on ne peut sans doute, admettre, au moins sans réserves, cette notion d'acte

(7) « Le Président de la République est-il un représentant d'après les lois constitutionnelles de 1875 ? ». Concours d'agrégation des facultés de Droit, 1901. Dans le même sens : « Traité de Droit constitutionnel », p. 628.

tacite, à laquelle M. Barthélemy a déjà eu recours. nous l'avons vu en étudiant le droit de grâce pour expliquer l'inexécution des jugements en matière pénale.

Il faut sans doute, voir dans cette conception, un reflet de la théorie individualiste, où la volonté apparaît comme étant par elle-même une source de droit. Dès lors, il convient de la rechercher telle qu'elle existe dans la conscience de l'individu, et non pas seulement telle qu'elle est exprimée. Mais si, au contraire, on considère qu'elle n'a d'effet juridique qu'autant qu'elle apparaît socialement comme conforme à une règle de droit préexistante dans la conscience collective, il faut limiter son efficacité dans les limites où elle est extérieurement manifestée. (8)

On objectera que le droit positif connaît et sanctionne de tels actes. Ainsi, en droit privé, existe la tacite reconduction en matière de bail, le droit administratif connaît la décision implicite de rejet. Le droit commercial connaît de multiples hypothèses de contrats réalisés sans manifestation expresse de volonté. Mais dans tous ces cas, l'acte tacite n'existe que parce qu'il a été consacré par le droit positif, en comprenant dans ce terme la coutume, si importante, en matière commerciale par exemple. En effet, dans tous ces cas, le silence apparaît véritablement comme une manifestation de volonté dont le contenu est présumé par le droit positif, de telle manière qu'aucune contestation n'est possible sur la portée de l'acte ainsi intervenu. Mais il en va tout autrement en l'absence de toute règle positive.

(8) Voir Duguit : « Droit constitutionnel », 2^e édition, T.I, p. 232.

Enfin, cette conception de M. Barthélemy nous paraît reposer sur une confusion entre les fonctions du parlement en tant qu'organe de contrôle politique, et celles qu'il exerce comme organe législateur. Et cette distinction est pourtant indispensable au point de vue de la technique juridique. Ce n'est que lorsqu'il agit comme législateur que le parlement fait véritablement des actes juridiques, c'est-à-dire modifie l'ordre juridique, en entendant par ce terme l'ensemble des règles, qui, à un moment donné, régissent le pays. Les décisions qu'il prend comme organe de contrôle révèlent un tout autre souci, celui de vérifier l'opportunité de l'activité gouvernementale ; elles ne peuvent donc réagir, étant de nature juridique différente, sur les décisions prises comme législateur. Cette distinction des fonctions parlementaires est d'ailleurs facilitée par un critère formel : Le parlement, lorsqu'il statuait comme organe législatif, prenait ses décisions dans certaines formes spéciales et caractéristiques. Il faut d'ailleurs souligner que ce ne sont pas ces formes qui donnent aux décisions ainsi prises une puissance spéciale ; elles restent, en effet, extérieures à l'acte juridique, et ne peuvent modifier son contenu. Mais elles permettent de déceler aisément les hypothèses où le parlement agissait dans le but de réaliser des actes législatifs. Et ce n'est qu'alors qu'il pouvait modifier ou changer les décisions législatives préalablement prises.

SECTION II

HAURIOU

La doctrine de Hauriou est ici, nous l'avons déjà indiqué, parallèle à celle de M. Barthélemy. Les con-

clusions dissemblables auxquelles elle aboutit rendent néanmoins son étude nécessaire. Elle se caractérise d'ailleurs par certains points : du point de vue formel, par plus de netteté dans l'affirmation des prémisses, par plus de vigueur dans les conclusions. Quant au raisonnement, il est surtout marqué, sans doute sous l'influence des études sociologiques auxquelles Hauriou s'est livré, par la mise en relief, à côté du parlement et du gouvernement, d'un troisième élément dans l'organisation de l'Etat : la volonté des sujets.

Nous avons déjà noté, et pour l'approuver, l'affirmation que le pouvoir exécutif doit être considéré, non dans la seule personne du Président de la République, mais dans l'ensemble qu'il forme avec le cabinet ministériel, de même que l'organe législatif comprend l'ensemble réalisé par les deux chambres. (9)

Une fois posée cette base, « la question de savoir, si dans l'équilibre du gouvernement parlementaire, le pouvoir dominant doit être le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif, si le parlement doit se borner à contrôler le gouvernement, ou s'il doit s'immiscer dans l'action gouvernementale et y prendre des initiatives, est une question politique. Il en est de même de celle de savoir si l'exécutif est un représentant ou seulement un pouvoir commis ». Les conceptions qui voudraient définir par la seule logique juridique le rôle de l'exécutif, « à le situer non dans le plan réel de la vie gouvernementale, mais dans un certain plan idéal de l'Etat de Droit », sont des conceptions périmées, vestiges attardés des

(9) « Précis de droit constitutionnel », 2^e édition, 1929, p. 387.

théories de Rousseau et de la philosophie révolutionnaire. (10)

Et, à se placer sur ce plan politique, non seulement le gouvernement ne va pas apparaître comme un agent soumis à l'Assemblée, non seulement il va s'affirmer, lui aussi, comme un représentant autonome, doué d'une volonté propre, mais encore c'est à lui que va revenir la primauté dans la hiérarchie des pouvoirs. Pourquoi ? Parce qu'il est avant tout conçu pour l'action et que « gouverner c'est agir ». Certes le parlement peut sembler être, il est même une source de droit plus perfectionnée, mais « il vaut mieux pour l'Etat vivre en utilisant un organe d'action qui est une source de droit inférieure que de succomber pour être resté fidèle à une source de droit supérieure, qui n'est pas un organe d'action ». (11)

De cette primauté de l'exécutif, les preuves abondent : Historiquement, c'est de lui que se sont détachés les autres pouvoirs ; le monopole qu'il a de la décision exécutoire, « expression synthétique du pouvoir » ; le regroupement des autres pouvoirs autour de lui, en période de crise ; son rôle primordial en matière de politique extérieure, en sont autant d'autres. Hauriou va même jusqu'à démontrer cette primauté de l'exécutif et par la responsabilité des ministres, et par l'irresponsabilité du Président (12) : par la responsabilité des ministres, car elle prouve l'autonomie de leur volonté ; là où est la responsabilité est le pouvoir ; par l'irresponsabilité du Pré-

(10) « Précis de droit constitutionnel », 2^e édition, 1929, p. 388.

(11) « Précis de droit constitutionnel », 2^e éd., 1929, p. 473.

(12) « Précis de droit constitutionnel », 2^e éd., 1929, p. 388.

sident, car il est de l'essence d'un pouvoir souverain de comporter une part d'immunité. Mais faut-il voir là autre chose qu'un brillant paradoxe ?

Ces prémisses indiquent assez la solution adoptée par Hauriou dans notre matière. L'exécutif a un double rôle : exécuter les lois mais aussi et avant tout, assurer la marche de l'Etat (13). Il acquiert dès lors le droit de suspendre les lois qui entraveraient cette marche. Un pouvoir discrétionnaire apparaît dans la fonction d'assurer l'exécution des lois, le pouvoir exécutif peut choisir entre les lois dont il assure l'application. Il peut choisir aussi son moment d'exécuter ou de ne pas exécuter. Ce pouvoir discrétionnaire serait un des aspects de l'évolution qui, partant de la conception révolutionnaire de l'omnipotence parlementaire, a conduit à faire de l'exécutif un pouvoir autonome.

Mais quelle autorité s'attache encore à la Loi ? Il convient sans doute ici d'exposer la théorie de Hauriou sur l'organisation de l'Etat. Le principe fondamental du droit public est la transformation des états de fait en états de droit. Le critère de celui-ci, c'est la durée en paix, témoignage de son acceptation volontaire par les sujets. Pour assurer celle-ci, une modération et un assouplissement des organisations créées par la force, au stade de l'état de fait, sont nécessaires. « Or, ce travail d'assouplissement et de modération de la force est déjà l'œuvre du système juridique et le résultat d'un premier procédé juridique qui est l'équilibre objectif des pouvoirs. Il consiste essentiellement à séparer une force donnée en plusieurs éléments, à opposer partielle-

(13) « Précis de droit constitutionnel », 2^e édition, p. 447. Voir également les notes sous les arrêts cités, *infra*, Deuxième Partie, Chapitre I, note 23.

ment l'un à l'autre ces éléments pour les équilibrer l'un par l'autre, et par là, obtenir plus de durée et de modération dans l'exercice des pouvoirs. » (14). Ainsi donc, la base de l'Etat est cette notion d'équilibre, équilibre entre les forces nationales et les forces étrangères, entre la force gouvernementale et la force de réaction du pays légal, entre la chambre des députés et le sénat, entre l'organe législatif et l'organe exécutif. Ce qu'on appelle habituellement la séparation des pouvoirs n'est qu'un des aspects particuliers de cette notion générale.

Ici encore, s'affirme une conception personnelle. Hauriou abandonne la distinction classique entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, car les tribunaux modernes, à l'encontre des anciens parlements, ont cessé d'avoir une influence politique qui leur permette de contre-balancer les autres pouvoirs. Comment dès lors, organiser la séparation des pouvoirs ? « Il faut remonter à l'idée que l'Etat organisé d'une façon représentative constitue un être corporatif que l'on peut aisément considérer comme doué de volonté. C'est donc dans une analyse psychologique de la volonté de l'Etat, que nous avons chance de rencontrer la signification des pouvoirs publics qui sont les pouvoirs de volonté de l'Etat, responsables les uns des autres en quelque façon. » (15)

Hauriou est ainsi amené à distinguer trois pouvoirs (16) : l'exécutif, pouvoir minoritaire, caractérisé par le monopole qu'il a de la décision exécutoire ; le pouvoir délibérant, c'est-à-dire le parle-

(14) « Principes de droit public », 2^e édition, 1916, p. 11.

(15) « Droit constitutionnel », 2^e édition, p. 348.

(16) « Droit constitutionnel », 2^e édition, p. 351.

ment, pouvoir également de domination qui prend des décisions réfléchies et discutées ; enfin le pouvoir de suffrage, c'est-à-dire le corps électoral, qui correspond à cette opération de volonté qu'est l'assentiment. Celui-ci n'est donc plus, comme les deux autres, et comme la volonté générale, telle qu'elle était conçue par Rousseau un pouvoir de domination, mais seulement d'adhésion.

La Loi va, elle aussi, participer de ce système général d'équilibre. C'est « une forme de droit supérieur résultant de l'équilibre réalisé entre le droit qui procède des décisions gouvernementales et celui qui procède de l'adhésion coutumière » (17). Lorsque le parlement vote une quelconque disposition, celle-ci, si elle devient exécutoire, n'est néanmoins pas encore parfaite. Il lui manque d'être ratifiée par la volonté commune. Que cette ratification fasse défaut et elle restera imparfaite. Ce sera une de ces lois « mal votées » si nombreuses dans notre législation. Dès lors, le gouvernement sera libre juridiquement de ne pas l'appliquer. (18)

Ainsi, le gouvernement va apparaître comme l'arbitre entre le parlement et la nation ; c'est à lui qu'il appartiendra de déclarer si celle-ci a accordé ou non cette adhésion indispensable à la perfection de la loi.

Cette doctrine réalise sur celle de M. Barthélemy le progrès de mettre en évidence le rôle éminent joué dans l'Etat moderne par l'assentiment populaire. La doctrine moderne souligne ainsi qu'il n'est pas de régime qui n'éprouve le besoin d'affirmer cette adhésion. Les gouvernements les plus résolu-

(17) « Droit public », 2^e édition, p. 18, in fine.

(18) « Droit public », 2^e édition, page 274, note 1.

ment anti-démocratiques eux-mêmes s'en assurent par le recours plus ou moins fréquent au plébiscite. Qu'on en prenne pour exemples les régimes impériaux français et l'actuelle constitution allemande. Mais, dans un régime parlementaire, le parlement n'est-il pas plus apte que le gouvernement à saisir les aspirations du pays et à prendre les décisions qui susciteront son approbation. Hauriou lui-même semble parfois avoir adopté ces conclusions. Examinant l'adoption de la loi par les chambres, il déclare : « Dans le gouvernement représentatif, on peut dire, si l'on veut, que les chambres font la loi et la rendent obligatoire pour le peuple, mais on peut aussi présenter la chose autrement et dire que les chambres s'obligent, au nom du peuple, à ce que la loi qu'elles viennent d'adopter soit obéie. Elles s'obligent ainsi d'une manière abstraite et le seul rôle de l'institution exécutive serait d'en prendre note » (19). Et en note, il ajoute sous ce texte : « cette analyse... expliquerait d'une façon satisfaisante l'effet obligatoire de la loi. Ce ne seraient plus les 900 membres du parlement qui, par leur volonté, obligeraient le peuple, ce serait le peuple qui s'obligerait par ses 900 représentants ».

D'ailleurs Hauriou lui-même n'affirme pas sans limites cette compétence discrétionnaire du gouvernement vis-à-vis de la loi. Tout d'abord, la faculté d'abstention de l'administration se trouve progressivement limitée par le développement d'une catégorie d'actes où le pouvoir discrétionnaire se trouve réduit au minimum : celle des actes « légalement obligatoires au regard d'un individu donné » (20).

(19) « Droit constitutionnel », 2^e éd., p. 437, et note 69.

(20) « Droit administratif », 12^e édition, p. 357.

Il s'agit de ces nombreux cas où les administrés doivent demander des pièces, autorisations, récépissés. L'administration est alors tenue d'accéder à ces demandes. Mais Hauriou se borne à déplorer l'insuffisance des moyens de coercition en cas de refus, sans plus s'attarder à démontrer comment le gouvernement, qui peut laisser en sommeil une loi de portée générale, ne peut la suspendre dans un cas particulier.

Enfin, et la limitation est ici de portée générale, Hauriou, s'il reconnaît au gouvernement le droit de suspendre une loi, en fait, par un de ces moyens que nous avons vu être à sa disposition, s'oppose à toute suspension de droit telle qu'elle résulterait d'un décret réglementaire décidant de surseoir, pour un temps, à l'exécution d'une loi. Déjà analysant l'œuvre réglementaire du pouvoir exécutif, il déclare qu'elle consiste, selon les termes de la Charte de 1830, « à assurer l'exécution des lois, sans pouvoir jamais suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution ». Plus loin, s'il admet, comme nous l'avons vu, la suspension de fait, il qualifie celle de droit d'« une prétention au droit de suspendre les lois qui serait d'une grande gravité et qui ne saurait être admise en temps de paix, c'est-à-dire en temps normal, à moins qu'elle ne soit elle-même autorisée par un texte de loi » (21). Mais comment adhérer à une telle conclusion, qui conduit à valider un acte fait sans aucune forme protectrice du droit des particuliers, alors qu'elle l'interdit entouré des formes légales ?

*
**

(21) « Droit constitutionnel », 2^e édition, p. 448.

Ainsi, voici deux doctrines qui, partant du même point de vue politique, aboutissent à des résultats opposés. Si pour l'une la suprématie dans l'Etat doit être reconnue au gouvernement, pour l'autre il n'est qu'un agent d'exécution soumis à la volonté parlementaire. Est-ce à dire que l'une soit fausse et à rejeter ? De telles divergences sont plutôt, pensons-nous, le résultat normal de la méthode employée. Vouloir résoudre le problème du point de vue exclusivement politique, c'est renoncer à aboutir à une solution unique, car c'est renoncer à aboutir à une solution logique. S'il est vrai que la puissance de l'Etat résulte de l'équilibre entre les différentes forces : parlement, gouvernement, opinion, qui le composent, il est aussi vrai que cet équilibre est perpétuellement mouvant. La valeur des élites, le niveau de culture politique de la masse, les circonstances historiques sont autant d'éléments qui le feront varier (22), si bien que faute d'une solution générale impossible, on en sera réduit à des solutions contingentes et diverses. Qu'on y ajoute qu'il s'agit là de données imprécises, variables, plus perceptibles par une sorte d'intuition que par la véritable observation scientifique, et l'on comprendra combien la personnalité des différents auteurs pourra faire varier les résultats de la recherche.

(22) On pourrait, d'ailleurs, faire intervenir dans cet équilibre de forces politiques, bien d'autres facteurs. Les forces traditionnelles qu'étaient l'Eglise et l'Armée ont-elles, dans l'Etat moderne, perdu toute influence ? Certains ont souligné le rôle qu'auraient joué, au moins en certaines périodes, les grands organismes financiers ou les sociétés secrètes.

Et cependant, sur le point même de notre recherche, l'accord se fait. Il faut que le gouvernement ne soit pas tenu strictement à l'exécution des lois, qu'il conserve devant elles une certaine marge de liberté. Mais est-ce là aller plus loin que de dire que le gouvernement ne peut pas être un simple agent d'exécution, et qu'un régime conventionnel semble être un mauvais mode de gouvernement ? Car, en réalité, en affirmant la liberté du gouvernement vis-à-vis de la loi, c'est surtout sa liberté vis-à-vis du parlement que l'on vise. Et à vouloir affirmer cette indépendance gouvernementale, c'est à la forme même de la loi qu'on risque de porter atteinte. Le gouvernement, dans ces thèses que nous venons d'exposer, semble avoir le monopole de veiller à la sécurité et à la vie de l'Etat (23). Comme si l'activité de tout organe de l'Etat n'avait pas pour but d'assurer cette sécurité et cette stabilité qui sont les conditions même de cette vie. Dès lors, rien ne doit entraver cette action gouvernementale, et la loi finit par apparaître comme une simple proclamation de principes généraux, sorte de déclaration des droits, sans danger dans les périodes de calme et sans importance quand le gouvernement doit agir.

Mais le problème n'est pas de savoir si le gouvernement, dans l'application de la loi, doit jouir d'une certaine liberté, mais bien de déterminer de quelle liberté il jouit. Et les doctrines purement réalistes ne permettent pas, ainsi précisé, de le résoudre. C'est qu'il faut, pour cela, dépasser le stade

(23) Cette opinion apparaît particulièrement nette dans certaines notes de jurisprudence de Hauriou, V. C.E. 7-8-1909. Winkel, S.1909.3.145. C.E. 30-11-1923, Couiteas, S.1923.3.57, et surtout la note sous C.E. 28-6-1918, Heyriès, S.1922.3.49.

de la simple observation des faits et substituer à l'étude des organes matériels de l'Etat, celle de ses fonctions, telles que les distingue l'analyse logique. Nombreux sont ceux qui ont tenté cet effort, et diverses leurs doctrines. C'est leur étude que nous allons maintenant aborder.

CHAPITRE II

CARRÉ DE MALBERG ET LA GRADATION DES ORGANES

Dans ce rapide examen des principales opinions doctrinales, l'œuvre de Carré de Malberg prend logiquement sa place à la suite de ces doctrines résolument pragmatistes que nous venons d'exposer. D'une part, elle constitue vis-à-vis d'elles un progrès, en ce sens qu'elle apparaît essentiellement comme une construction doctrinale, comme un effort vers l'élaboration de concepts théoriques généraux. L'unité et la continuité de pensée sont d'ailleurs parmi les caractéristiques les plus nettes de l'œuvre de Carré de Malberg. D'autre part, elle reste néanmoins fortement attachée aux données du droit positif (1), elle est essentiellement « positiviste ». On

(1) Ce souci de serrer de près les données du droit positif apparaît dans le titre même des œuvres de Carré de Malberg.

« Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français ». Paris, Sirey, 1920, cité : *Théorie générale...*

« La loi, expression de la volonté générale ». Etude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875. Paris, Sirey, 1931, cité : *La loi...*

« Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation ». Paris, Sirey, 1933, cité : *confrontation...*

ne peut en effet construire de système juridique sur des données philosophiques, sociologiques ou morales, « dans l'état actuel de l'organisation sociale, le statut juridique qui régit les individus dans leurs rapports mutuels ou dans leurs relations avec la collectivité nationale est déterminé uniquement au sein de cette collectivité par les règles qu'ont édictées en fait et que feront observer éventuellement les diverses autorités organiquement constituées pour l'exercice de la puissance publique ou étatique de la nation ». (2)

Le fondement de cette puissance de l'autorité publique ressort de la théorie de l'Etat qu'expose Carré de Malberg (3). L'Etat est une personne juridique, car cette notion de personnalité est la seule qui puisse expliquer l'unité de l'Etat qui est son caractère essentiel (4). « La personnalité de l'Etat n'est donc pas une fiction, une comparaison, une image... c'est l'expression rigoureusement vraie d'une réalité juridique » (5). L'Etat n'est pas autre chose que la nation organisée ; conception qui explique la puissance particulière de sa volonté qui peut s'imposer aux volontés individuelles, conception qui explique aussi que cette puissance ne soit pas sans limites, tout au moins en ce sens qu'elle ne peut s'exprimer que dans certaines formes, « par

(2) Recueil d'Etudes sur les sources du droit en l'honneur de François Geny. Paris, Sirey, 1935. T.I, p.192.

(3) Nous nous limitons ici aux quelques données indispensables sur cette partie de l'œuvre de Carré de Malberg, qui n'intéresse pas directement notre étude. V. théorie générale... T.I, préliminaires, et, pour un résumé plus détaillé, G. Burdeau : « Carré de Malberg, son œuvre, sa doctrine », in R.D.P., 1935, pp. 354 et suiv.

(4) Théorie générale... T. I, N° 10, pp. 30 et suiv.

(5) Théorie générale..., T. I, N° 15, p. 40.

cela même que la constitution détermine les formes et conditions d'exercice de la puissance étatique, elle exclut toute puissance qui s'exercerait en dehors de ces conditions ou formes » (6). La règle de droit est cette volonté de l'Etat, exprimée dans ces formes constitutionnelles, or, celles-ci sont variées ; il y aura donc à distinguer dans l'activité étatique diverses fonctions car « par fonctions, il faut entendre, en droit public, les diverses activités de l'Etat, en tant que celles-ci constituent des manifestations différentes, des modes d'exercice variés, de la puissance étatique ». (7)

Nous examinerons successivement, pour dégager la solution qui ressort de l'œuvre de Carré de Malberg quant à notre sujet, tout d'abord la distinction qu'il propose entre les diverses fonctions, puis les rapports existants entre les divers organes qui remplissent ces fonctions. Nous verrons d'ailleurs que l'œuvre même de Carré de Malberg impose ce plan, car la notion d'organe conditionne chez lui celle de fonction.

SECTION I

LA DISTINCTION DES FONCTIONS

Carré de Malberg ne s'écarte pas, en la forme, de la distinction traditionnelle entre trois fonctions : législative, administrative et juridictionnelle. Mais la conception qu'il en a présente un aspect particulier en ce qu'elle est guidée uniquement par des

(6) Théorie générale, T. I, N° 79, p. 232.

(7) Théorie générale, T. I, N° 87, p. 259.

considérations formalistes ; ce caractère de sa doctrine n'est d'ailleurs que la conséquence de son aspect étroitement positiviste. Aussi, à propos de chacune des fonctions, Carré de Malberg va-t-il, avant d'en proposer une définition, critiquer les diverses doctrines qui ont voulu donner à celle-ci un contenu matériel.

a) La fonction législative : Les doctrines traditionnelles s'efforcent habituellement de définir la loi par son contenu, par ses effets propres. On peut sommairement les diviser en deux groupes. Pour les uns, la Loi est une règle de droit, ce terme étant entendu dans un sens particulier ; pour les autres elle est avant tout une disposition générale.

Dans la première conception (8), n'est règle de droit, c'est-à-dire loi au sens matériel, que la disposition qui modifie, d'une manière quelconque la situation juridique des particuliers, c'est-à-dire qui leur impose des charges nouvelles, ou crée en leur faveur des droits nouveaux. Peu importe, par ailleurs, qu'une telle mesure soit générale ou particulière, elle n'en reste pas moins de nature législative.

Cette doctrine a pour base des motifs d'ordre pratique et s'explique par des considérations historiques. A l'origine, dans les régimes de monarchie absolue, le monarque réunit en sa personne toutes les compétences et peut prendre toute mesure qui lui semble opportune. Puis, sous la poussée des sentiments démocratiques, ce pouvoir va se trouver limité ; certaines mesures ne pourront plus être prises qu'avec le concours d'une assemblée nommée ou élue. Il faut donc préciser quelles sont ces mesures

(8) Théorie générale, T. I, N° 99, p. 300; et « La Loi... » C.I. N° 6, p. 6.

que le monarque ne peut plus prendre seul, il faut discriminer le domaine de la loi de celui de l'ordonnance. Et tout naturellement, on interdira tout d'abord au monarque la création de ces règles qui modifient le statut juridique des citoyens, de même que, sur le plan financier, on lui interdit de décréter les levées d'impôts qui peuvent compromettre leur situation financière. Quant aux autres mesures qui ne modifient pas, au moins directement, ce statut juridique, c'est-à-dire celles qui ne sont que l'application des règles de droit adoptées par les chambres, ou celles qui ne visent que l'organisation intérieure des services publics, elles continuent à constituer le domaine de l'ordonnance, où l'activité du souverain n'est pas limitée.

Ces causes historiques expliquent que cette théorie ne puisse avoir de véritable vogue que dans les pays de monarchie limitée. Aussi, est-ce surtout dans l'Allemagne impériale qu'on la vit se développer. Certains auteurs invoquèrent alors en sa faveur des arguments d'ordre logique, en particulier celui tiré d'une conception poussée à l'extrême de la personnalité de l'Etat. On en vint à faire de celui-ci une personne distincte des sujets eux-mêmes. Dès lors, comme le droit est essentiellement une puissance exercée par un individu sur un autre, les mesures prises par l'Etat et visant ses sujets, devaient être considérées comme règles de droit, au contraire celles qui s'adressaient aux agents de l'Etat, qui en font partie intégrante, apparaissaient comme de simples règles de conduite intérieure (9). D'autres invoquè-

(9) Tout partisan qu'il soit de la thèse de la personnalité de l'Etat, Carré de Malberg critique justement cette opinion. L'Etat ne peut être considéré comme une personne distincte de ses sujets. « En réalité, il est impossible non seule-

rent les dispositions formelles de certaines constitutions allemandes.

Au rebours de cette première doctrine, la conception de la Loi règle générale (10), a joué et joue en France un rôle considérable, à tel point que l'on peut dire qu'il n'y a guère que Carré de Malberg pour la combattre. Elle repose, elle aussi, sur des arguments d'ordre logique et d'ordre politique. On peut tout d'abord affirmer, en rapprochant la loi juridique de la loi scientifique, qu'il est de sa nature d'être générale. On peut invoquer également que cette conception de la loi apparaît comme une protection efficace pour les administrés. Le législateur statuant par voie de disposition générale, ne pourra s'arrêter à des considérations personnelles ou contingentes, et les gouvernants se trouveront à leur tour, limités dans leurs décisions particulières par l'obligation de se conformer à la légalité. Enfin, l'influence de Rousseau n'a pas été sans jouer ici un rôle important. Pour lui, la loi est l'expression de la volonté générale et cette généralité doit s'entendre dans deux sens, tout d'abord en ce que la loi est l'expression de la volonté du peuple entier, et ensuite en ce que son objet ne peut être lui aussi, que général, car le peuple, lorsqu'il statue, se préoccupe des sujets communs à tous ses membres et n'a pas à prendre de décisions particulières.

Parmi les diverses critiques que Carré de Malberg a adressées à ces conceptions, une seule reste

ment de concevoir l'Etat sans sujets, mais encore de voir en lui autre chose que la personification de la collectivité, organiquement unifiée, de ses membres. » (Théorie générale... T. I, N° 107, p. 320).

(10) V. Théorie générale. T. I, N° 95, p. 288. La Loi : C.I. N° 4, p. 4.

fondamentale et caractéristique de sa pensée. On ne saurait construire de théorie juridique en dehors du droit positif, or, ces conceptions matérielles de la loi, sont l'une et l'autre, inconnues des constituants de 1875. En effet, ces doctrines conduisent nécessairement à affirmer l'existence de deux sortes de lois : les lois matérielles qui sont les dispositions conformes aux définitions proposées, et les lois formelles qui émanent régulièrement de l'organe législatif, mais qui ne rentrent pas dans ces définitions. Or « la constitution de 1875 ne connaît pas deux catégories de lois ; elle ne parle que d'un seul pouvoir législatif, celui dont l'article 1^{er} de la loi du 25 Février dit qu'il appartient aux chambres, ce qui équivaut à dire que seules les chambres peuvent faire une loi ». (11)

Il convient donc, après avoir écarté ces définitions matérielles, d'en proposer une qui soit conforme aux dispositions constitutionnelles. Or, seul, cet article 1^{er} de la loi du 25 Février 1875 est relatif au pouvoir législatif. Il présente donc, bien qu'il soit généralement d'usage d'y attacher une importance secondaire, une importance capitale ; il permet en effet de conclure à ce que seules les chambres peuvent faire une loi, et également, puisqu'aucun texte ne limite ce pouvoir législatif, à ce qu'elles peuvent déclarer loi n'importe quelle disposition. On peut donc donner à la Loi, dans le droit constitutionnel français, la définition suivante : « La Loi, c'est toute décision émanant des Assemblées et prise par elles en forme législative... quand au fond la Loi ne se caractérise ni par sa matière, ni par la nature intrinsèque de ses prescriptions. » (12)

(11) La Loi... C.I. N° 11, p. 14.

(12) Théorie générale..., T.I. N° 109, p. 327.

b) La fonction administrative (13) : La même méthode et les mêmes raisonnements qui permettent à Carré de Malberg de définir la fonction législative lui servent à caractériser la fonction administrative. Un premier point s'avère, dès l'abord, indiscutable. Il n'est pas possible de définir matériellement le domaine de cette fonction. En effet, cette définition ne peut être que le corollaire de celle proposée pour la fonction législative. Nous avons vu ainsi que la théorie de la Loi, règle de droit, réserve à la fonction administrative les mesures d'application des lois et d'organisation intérieure des services publics, de même que celle de la Loi règle générale a pour effet de laisser à l'administration les décisions particulières et concrètes. Le rejet de ces théories implique le rejet de leurs conclusions quant au contenu de la fonction administrative. Toute détermination matérielle de celle-ci constitue une limitation de la fonction législative. Or, nous avons vu que Carré de Malberg reconnaît à la loi un domaine indéfini.

Il faut donc, ici encore, abandonner toute conception *a priori* et se tourner vers les textes. Et la constitution de 1875 apparaît ici à Carré de Malberg comme singulièrement explicite. L'article 3 de la loi du 25 Février 1875 déclare en effet : « Le Président surveille et assure l'exécution des lois ». Ce texte suffit à caractériser l'activité administrative, car, par lui, « la constitution consacre ce principe essentiel que, même au sommet de la hiérarchie administrative, les actes faits par l'autorité chargée d'administrer doivent toujours se baser sur une loi en exécution de laquelle ils interviennent » (14).

(13) Théorie générale, T. I, p. 463.

(14) Théorie générale, T. I, N° 158, p. 475.

Ainsi « la fonction des administrateurs, à commencer par le Président de la République, est caractérisée uniquement par le rapport de dépendance et de subordination qui est établi entre l'acte administratif et la loi, subordination qui est poussée à un point tel que, selon la formule de l'article 3, la fonction administrative, ne consiste normalement qu'en exécution des lois » (15). D'ailleurs, le souci de rendre compte exactement du droit positif conduit Carré de Malberg à entendre largement cette notion d'exécution. « Cette condition d'exécution des lois se trouve remplie, non seulement lorsque les actes de l'autorité administrative se bornent à réaliser l'exécution des mesures décidées par la loi, mais encore toutes les fois que l'autorité administrative prend par elle-même des mesures en vertu d'une habilitation qui lui a été conférée par un texte législatif ; car, en ce dernier cas, l'acte administratif prend sa source et puise sa légitimité dans la loi qui l'autorise et dont il constitue en ce sens l'exécution. » (16). Il en résulte donc que la fonction administrative n'a pas d'autre limite que la volonté du législateur (17). Il ne saurait donc, encore une fois,

(15) Théorie générale. T. I, N° 158, p. 476.

(16) Théorie générale. T. I, N° 158, p. 477. « La Loi... », C. II, N°s 2 et 3, pp. 30 et suiv.

(17) Mais encore faut-il que cette volonté soit énoncée avec une précision suffisante. Et Carré de Malberg rejoint ici l'ensemble de la doctrine pour exiger la spécialité des habilitations. « Une loi qui autoriserait le Président de la République, indéfiniment, à prendre par décrets, en toutes matières, toutes mesures quelconques, ne ferait plus appel au pouvoir exécutif du Président. Mais la vérité est que, par une telle habilitation générale, elle lui confierait un pouvoir qui est réservé par l'article 1 de la loi constitutionnelle du 25 Février, au parlement, à savoir le pouvoir législatif lui-même ». (« La Loi... », C. II, N° 7, p. 37.)

être question d'en donner une définition matérielle. Il faut, ici encore, s'en tenir aux données purement formelles : « Dans son sens constitutionnel, l'administration doit être définie : l'activité exercée par l'autorité administrative sous l'empire et en exécution des lois. » (18)

c) La fonction juridictionnelle : Nous avons déjà vu la difficulté qu'il y a à réserver un domaine propre à la fonction juridictionnelle, si on se limite à observer les phénomènes de création et de réalisation du droit et si on ne distingue pas dans ce mécanisme les situations anormales que sont les contestations. Or, Carré de Malberg se refuse à définir la fonction juridictionnelle par son objet qui est de trancher les litiges (19). D'une part, dit-il, il peut y avoir solution d'un litige sans qu'il y ait jugement ; par exemple par décision d'un supérieur agissant à la suite d'un recours hiérarchique ; d'autre part, il peut y avoir jugement sans qu'il y ait litige ; ce sera le cas où deux parties se présenteront, d'un commun accord devant le juge, pour reconnaissance d'écriture d'un acte sous seing privé.

Toute aussi fausse est la thèse qui voit dans l'acte de juridiction une constatation. Juger, ce serait alors constater la conformité ou la non-conformité d'une situation concrète avec la règle du droit. « Or, il peut se présenter des espèces sur lesquelles la loi n'ait point statué et dont elle ne contienne en aucune manière, pas même virtuellement, le règlement. » « Lorsque toute règle législative fait ainsi défaut, il ne peut plus être question d'interprétation ; on ne peut pas davantage dire ici qu'il y ait à com-

(18) Théorie générale. T. I. N° 161, p. 482.

(19) Théorie générale. T. I. N° 231, p. 697.

pléter la loi ; mais la vérité est qu'il y a lieu alors pour le juge de combler ses lacunes en disant du droit là où aucun ordre juridique n'a été établi par le législateur » (20). L'article 4 du Code civil interdit en effet au juge de refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.

Cette interprétation de l'article 4 s'impose nécessairement en raison de la conception de la loi chez Carré de Malberg. Puisqu'il n'y a loi que dans les limites du texte formel, il est impossible au juge d'interpréter la volonté du législateur, car elle est sans valeur juridique tant qu'elle ne s'est pas expressément manifestée dans un texte pris en la forme législative (21). De même, cette conception de la loi doit faire rejeter le raisonnement par analogie qui consiste à s'inspirer de la solution adoptée par le législateur dans un cas prévu et similaire, ou à déceler dans la législation certains principes généraux, grâce auxquels on pourra résoudre les questions auxquelles la loi n'apporte pas de solution expresse. Une telle méthode est, elle aussi, inconciliable avec une conception étroitement formaliste de la loi. Il faut donc conclure à ce que le juge puisse créer du droit, car il est impossible au législateur de prévoir toutes les situations de fait qui peuvent se présenter (22). Ce pouvoir créateur du juge est

(20) Théorie générale, T. I, N° 234, p. 702.

(21) Théorie générale, T. I, N° 237, p. 708.

(22) L'indépendance du juge, ainsi affirmée par l'article 4 du code civil, ressort encore de la suppression du référé législatif en cas de doute sur l'interprétation de la Loi. Cette suppression fournit d'ailleurs un argument contre la thèse de Carré de Malberg. La Cour de Cassation est obligée de statuer dans tous les cas qui lui sont soumis, or, elle ne peut

d'ailleurs limité. Tout d'abord, il est exceptionnel, car, le plus souvent, il n'y aura lieu qu'à simple application de la loi, ensuite le juge ne peut que donner des décisions d'espèce, il lui est en effet interdit de statuer par voie de disposition générale et réglementaire (23).

La mission du juge a donc un caractère double, tantôt législatif, tantôt administratif. Il n'est en effet pas possible non plus de distinguer matériellement le juge de l'administrateur. On a voulu faire cette distinction en précisant les buts que l'un et l'autre poursuivent ; le premier ayant pour seule tâche de résoudre des questions de droit, de préciser le sens de la loi, le second ayant à veiller à la satisfaction des intérêts généraux qui lui sont confiés. Mais cette distinction ne revient qu'à dire que leur

statuer qu'en droit. C'est donc qu'il n'y a pas de *vacuum juris*, que les décisions judiciaires incriminées ne consistent qu'en application des textes législatifs. Carré de Malberg répond à cette argumentation que le contrôle de la Cour de Cassation s'est étendu au droit créé par le juge, aussi bien qu'à celui créé par le législateur. (Théorie générale. T. I. N° 245, p. 737.)

(23) Il remplit encore néanmoins une tâche analogue à celle du législateur, car « d'après les principes de droit public français, toute décision portant création de droit nouveau, fut-ce à titre particulier, c'est-à-dire toute décision qui ne se réduit pas à l'exécution des lois existantes, est en soi une décision législative » (Théorie générale. T. I. N° 250, p. 750). Ce n'est alors que d'un point de vue matériel qu'on peut distinguer le juge du législateur. Carré de Malberg convient que « dans ses rapports avec la puissance juridictionnelle, la puissance législative se caractérise, non point comme un pouvoir de créer des solutions de droit, car c'est là un pouvoir qui est commun dans une certaine mesure, au juge et au législateur, mais comme le pouvoir de créer des règles générales ». (Théorie générale... T. I. N° 247, p. 744).

compétence est plus ou moins liée (24) et l'on ne peut conclure de là qu'elle soit de nature différente.

Faut-il alors assigner un rôle spécial aux autorités juridictionnelles ? Cette distinction s'impose pour des raisons pratiques. Il faut assurer aux administrés des garanties d'impartialité dans le règlement de leurs différends, et particulièrement de ceux avec l'administration et, pour ce, les protéger par des formes procédurales qu'on ne saurait exiger de l'action administrative sans la paralyser. Ainsi, la justice va-t-elle se distinguer de l'administration par une organisation spéciale et par les formes qui entourent ses décisions.

Toute cette organisation va tendre à assurer l'indépendance des juges : organisation particulièrement perfectionnée quant aux juges judiciaires, mais qui existe également pour les juges administratifs. Sans doute, ceux-ci ne sont pas entièrement distincts de l'administration active, et il faut voir là une application du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires (Loi des 16-24 Août 1790. Loi du 16 Fructidor An III) mais ils sont de plus en plus spécialisés au sein de l'administration active. Toute l'évolution du conseil d'Etat tend à écarter les administrateurs des décisions contentieuses. (25)

D'autre part, les décisions juridictionnelles sont prises dans des formes spéciales, destinées à offrir des garanties de bonne justice aux administrés. C'est ainsi que s'expliquent la procédure minutieusement réglée, les degrés successifs de juridiction. Ces for-

(24) Voir la théorie de Laun, *supra*, Première Partie, Chapitre II, Section I, sous-section II, § 2.

(25) Théorie générale. T. I. N° 260, p. 781.

mes ont d'ailleurs été étendues aux tribunaux administratifs à mesure qu'ils se spécialisaient dans leur tâche.

Cette organisation, ces formes permettent de distinguer la fonction juridictionnelle parmi les autres activités étatiques. « L'établissement d'un ensemble de règles particulières et de garanties protectrices pour l'organisation des tribunaux et pour le perfectionnement de leur activité a eu pour effet, au point de vue juridique, de donner naissance à une voie spéciale d'exercice de la puissance d'Etat. La voie juridictionnelle, sur des questions litigieuses ou autres, prend le caractère d'une activité étatique distincte de l'administration et constitue, en ce sens, un troisième pouvoir. » (26). « En définitive, ce qui différencie la juridiction de l'administration, ce n'est point le fait que l'acte juridictionnel dit le droit, mais c'est la manière propre qu'il a de le dire. » (27).

Une fois prise dans ces formes particulières, la décision juridictionnelle possède un caractère spécial ; elle possède la force de chose jugée (28), mais celle-ci, pour aussi caractéristique qu'elle soit, n'est

(26) Théorie générale. N° 262, p. 784.

(27) Confrontation... N° 28, p. 45.

(28) C'est là le critère proposé par M. Jèze (V. *supra*, Première Partie, Chapitre I, Section II, § 1) et Carré de Malberg soutient que cet auteur s'est, par là, rallié à une thèse formaliste (Théorie générale, p. 787, note 20) : « il convient de remarquer que la définition donnée de la fonction juridictionnelle par M. Jèze est toute formelle. Dans ses études consacrées à cette fonction, il répète à plusieurs reprises : l'acte juridictionnel est une constatation faite par le juge avec force de vérité légale. Ainsi, cet auteur caractérise l'acte de juridiction non point par sa nature intrinsèque ou son contenu, mais par la force qui lui est propre. Il précise sa

pas le critère déterminant de l'acte juridictionnel, elle n'est, en effet, que la conséquence des formes qui ont entouré cet acte (29). Ce sont bien elles, et elles seules qui permettent de caractériser la fonction juridictionnelle.

pensée sur ce point en ajoutant qu' « il dépend du législateur « de conférer ou non à une constatation la force de vérité « légale et par suite, le caractère d'un acte juridictionnel ». Dès lors, l'acte de juridiction est toute constatation à laquelle la loi a attaché la force de vérité légale.. Ce sont là des affirmations... d'où il ressort clairement que ce qui fait l'acte juridictionnel, c'est sa forme ».

M. Waline partage, sur ce point, l'opinion de Carré de Malberg : « Du critère des actes juridictionnels », in R.D.P. 1933, pp. 565 et suiv., particulièrement p. 571, note 1.

Cette argumentation peut tout d'abord sembler convaincante. Mais la thèse de M. Jèze diffère profondément de celle de Carré de Malberg. Sans doute seule la loi peut décider qu'une certaine décision aura force de vérité légale. Mais il y aura dès lors acte juridictionnel, quel que soit l'organe dont est émanée cette décision. La différence entre les deux doctrines ressort clairement de l'étude que fait Carré de Malberg des hypothèses où la chambre statue sur la validité de l'élection de ses membres et où le sénat se constitue en haute cour. Fidèle à sa doctrine formaliste, il déclare que les décisions prises dans ces hypothèses n'ont pas le caractère juridictionnel. (Théorie générale. T. I, p. 788, notes 22 et 23). La doctrine professée par M. Jèze conduit à des résultats tout différents. (V. Barthélemy, in R.D.P., 1918, p. 621).

Il en est de même dans les cas où le Ministre est appelé à statuer comme juge, par exemple en matière de contestations relatives aux concours d'agrégation. Ici encore, on doit, d'après la doctrine de Carré de Malberg, dénier à ses décisions le caractère juridictionnel. On doit le leur reconnaître d'après la doctrine de M. Jèze. (V. également : Théorie générale, p. 812, note 32).

(29) Théorie générale. T. I, N° 264, p. 786.

SECTION II

LA GRADATION DES ORGANES

Après avoir caractérisé les différentes fonctions, il faut déterminer la force obligatoire des actes réalisés dans leur accomplissement. Il faut déterminer en particulier la force obligatoire de la Loi et du Jugement vis-à-vis des organes exécutifs. Or, puisque, dans la théorie de Carré de Malberg, sont seuls lois ou jugements les actes émanant des chambres ou des juges, puisque la fonction ne peut se définir qu'en raison de l'organe, c'est en examinant le degré de puissance que détient chacun de ces organes qu'on pourra déterminer la valeur juridique de leurs décisions. Ainsi, pour résoudre le problème de la force obligatoire de la Loi, il faut déterminer à quel degré et à quel titre, le parlement est détenteur de cette puissance d'Etat qui est l'élément créateur du droit. Selon Carré de Malberg, il faut, pour comprendre pleinement les institutions consacrées en 1875, remonter aux textes antérieurs et, en particulier, à la constitution de 1791.

Celle-ci déclare : « La constitution française est représentative ; les représentants sont le corps législatif et le Roi » ; mais, en réalité, le roi n'apparaît qu'à titre secondaire, en raison de son droit de veto et du fait qu'il était chargé d'entretenir et de diriger les rapports avec l'étranger.

L'Assemblée est, elle, véritablement représentante, en ce sens que sa volonté s'exprime librement sans être conditionnée par une volonté supérieure, et c'est là le critère qui permet de distinguer le représentant du fonctionnaire. Et que représente-t-

elle ? : la volonté générale ; elle veut véritablement pour la nation. « Le peuple parlé, agit par ses représentants. » « Les commettants se font entendre par les députés nationaux. » « La voix de la législature nationale n'est autre que la voix du peuple elle-même. » (30). Représentante unique de la nation, l'Assemblée est souveraine et seule souveraine.

De cette conception, les constituants de 1791 tirent les conséquences logiques. La loi, œuvre de cette assemblée souveraine, va elle-même apparaître comme douée d'une force supérieure ; elle n'est autre chose en effet que « l'expression de la volonté générale » (art. 6, déclaration 1789), aussi « il n'y a pas en France d'autorité supérieure à celle de la loi » (constitution de 1791, titre III, chap. II, section I, article 3), d'où il faut conclure logiquement que « ce n'est qu'au nom de la loi que le Roi peut exiger l'obéissance » (id. article 2), ce qui prouve qu'il n'est pas un véritable représentant.

Cette conception a-t-elle survécu, a-t-elle eu quelque influence sur les constituants de 1875 ? Pour Carré de Malberg, il ne leur restait guère d'autre solution possible que celle de la souveraineté d'une assemblée. En effet, l'accord ne pouvait se faire sur la monarchie, les souvenirs de 1848 empêchaient la création d'un Président trop puissant, la démocratie directe apparaissait redoutable et impraticable. Et d'ailleurs, peu important les sentiments exacts des constituants, ce qui peut intéresser le juriste, c'est leur œuvre. « ...les interprètes de la constitution française ne sauraient être liés par les vues, opinions ou intentions des hommes qui l'ont créée. Ceux-ci ont disparu, il ne subsiste plus d'eux, juri-

(30) « La Loi... », C. I, N° 15, p. 17.

diquement parlant, que leur œuvre » (31). « Or, l'examen des textes révèle que les constituants d'alors ont, en parlant du pouvoir législatif, obéi instinctivement peut-être et obscurément, mais avec docilité, à un concept précis et fondamental dont la constitution atteste en plus d'un point l'influence prépondérante. » Ce concept, c'est celui de l'Assemblée représentante de la nation, c'est celui donc, de « la Loi ; expression de la volonté générale ».

C'est ainsi qu'il n'y a pas, en France, de véritable séparation entre les lois ordinaires et les lois constitutionnelles. Sans doute celles-ci émanent-elles d'un organe théoriquement distinct des chambres, mais ce sont celles-ci qui déclarent s' « il y a lieu de réviser les lois constitutionnelles (art. 8. L.C. 25-2-1875) et, en fait, l'Assemblée nationale n'est pas autre chose que la réunion des membres des deux chambres. Aussi la révision constitutionnelle pourra-t-elle être proposée et effectuée sans que le peuple ait eu à manifester sa volonté sur ce point particulier. Enfin, cette conception de l'Assemblée souveraine suffit à écarter la possibilité d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, d'autant plus que, pouvant décider qu'il y a lieu à révision constitutionnelle, l'Assemblée, lorsqu'elle adopte une certaine mesure, affirme, par cela même, qu'elle n'est pas inconstitutionnelle, car s'il en était autrement, elle déclencherait la procédure de révision (32). Il n'y a donc pas véritablement en France de constitution, c'est-à-dire de règle supérieure venant limiter les pouvoirs du parlement, et il ne peut pas logiquement y en avoir dès que l'on admet que

(31) « La Loi... », N° 23, p. 27.

(32) « La Loi... », C.III. N° 24, p. 132.

celui-ci représente la volonté populaire ; celle-ci n'ayant d'autres limites que celles qu'elle consent volontairement à s'imposer. (33)

Cette même conception explique le fondement de la force obligatoire de la loi. Carré de Malberg fait remarquer que la loi, sous le régime de la constitution de 1875, ne présente pas de véritable formule impérative, telle que celles qui marquaient autrefois lois et ordonnances : « par ces présentes, mandons et ordonnons... » ; « le directoire ordonne... », etc... Cet ordre ne peut pas plus se trouver dans la formule de promulgation (34). C'est qu'en vérité, son existence même est inconcevable, comment le peuple, qui parle par ses représentants, pourrait-il se donner un ordre à lui-même ? On ne peut évidemment donner d'ordres qu'à des tiers ; quant à soi, on ne peut se fixer qu'une règle de conduite. Et, d'ailleurs, un tel ordre serait totalement inutile, par le fait même que la nation agissant par l'intermédiaire de l'Assemblée, a adopté une loi ; c'est qu'elle la considère comme nécessaire et qu'elle entend s'y soumettre. (35)

(33) « La Loi... », C.III, N° 29, p.138. Théorie générale : T. II. N° 467, p. 578.

(34) V. sur la critique de la théorie : la promulgation, ordre d'exécuter la loi, supra, Première Partie, Chapitre I, Section I, § 2.

(35) En ce qui concerne le devoir des fonctionnaires et des tribunaux d'appliquer la loi, Carré de Malberg est conduit, par sa doctrine de la personnalité de l'Etat, aux mêmes conclusions que celles auxquelles aboutit M. Jèze, en se fondant plus simplement sur le devoir qu'ont les différents agents publics de collaborer « le personnage ou corps qui opère en qualité d'organe n'a point, comme tel, de personnalité distincte de celle de l'être collectif pour qui il agit, il ne fait qu'un avec celui-ci. Il suit de là que ce qui est décidé ou

Enfin, et c'est là surtout le point qui intéresse notre étude, le caractère souverain de l'assemblée et donc de la loi qui est l'expression de sa volonté, ressort clairement de la distinction faite entre les pouvoirs législatif et exécutif. La lecture même des textes constitutionnels fait apparaître une singulière dissemblance dans la méthode suivie pour déterminer les domaines de ces deux pouvoirs. Du pouvoir législatif, la constitution de 1875 dit simplement qu'il s'exerce par deux assemblées (article 1). Quant au contraire, il s'agit des attributions du Président, elles sont définies une par une (article 3). Une seule apparaît véritablement comme ayant une portée générale, celle reconnue par cet article 3 de surveiller et d'assurer l'exécution des lois. Le domaine du pouvoir législatif apparaît donc comme illimité, celui du pouvoir exécutif comme restreint. Ce caractère illimité ressort déjà d'un premier point déjà dégagé, la loi ne peut être caractérisée par son contenu matériel, la seule limitation à ce point de vue ne pourrait ressortir que d'un texte constitutionnel, et l'on sait qu'elle ne serait encore qu'apparente puisque le parlement est en fait investi du pouvoir constituant. Enfin, le législateur statue, quand il le juge opportun, il se saisit lui-même. La puissance législative se caractérise donc par ses facultés d'initiative ; celles-ci s'expliquent toujours par le même motif : « La loi est l'expression de la volonté générale », qui jus-

accompli par un organe national, agissant dans les limites de sa compétence statutaire, doit être traité comme une décision ou un acte de la nation elle-même. Par ce motif, les autres organes nationaux ne sauraient se dispenser d'en tenir compte, attendu qu'ils se trouvent, eux aussi, avec la nation, dans une relation juridique d'unité ». (« La Loi... », C. IV. N° 11, p. 154).

tifie également le second caractère propre à la loi, sa supériorité sur les décisions prises par tout autre organe que l'Assemblée ; supériorité en ce sens que seul le législateur peut modifier la loi, supériorité encore « en ce que les autorités et fonctionnaires de toutes sortes sont tenus d'obéir à ses dispositions, soit en s'y conformant et notamment en se maintenant dans les bornes des pouvoirs qui leur viennent d'elles ; soit en procurant par voie de mesures gouvernementales et administratives ou par voie de décisions juridictionnelles, l'exécution des textes législatifs ». (36)

Quelle va être, en face de ce pouvoir illimité, la place laissée à l'exécutif ? Il va apparaître comme un simple pouvoir d'exécution. Nous avons déjà vu qu'il fallait entendre ce terme dans un sens large, en y faisant rentrer la notion d'actes pris en vertu d'une habilitation législative. Mais celle-ci devra être spéciale, comme le sont celles consenties directement au Président par la constitution. D'ailleurs, si elle doit être spéciale et précise, l'habilitation n'est pas limitée, car elle dépend de la volonté du parlement et celle-ci est souveraine. « Un parlement qui passe pour représenter la volonté générale, ne doit pas rencontrer d'empêchements lorsqu'il décide de se servir, aux fins qu'il juge utiles, de la fonction réglementaire comprise dans le pouvoir exécutif. C'est la souveraineté même de la volonté dont il est le représentant, qui fait que le parlement doit pouvoir, à son choix, et en toute matière, ou bien légiférer intégralement par lui-même, ou bien charger l'exécutif de statuer par décret dans la mesure déterminée par la loi d'habilitation. » (37). En bref, on

(36) « La Loi... », C. II. N° 19, p. 48.

(37) « La Loi... », C. II. N° 54, p. 87.

peut dire que le gouvernement n'a pas d'autres compétences que celles qui lui sont reconnues par la constitution, et celles-ci sont brèves et modifiables par le parlement, ou par la loi. Il apparaît donc comme une autorité subordonnée à l'Assemblée.

Et envers les décisions juridictionnelles, le gouvernement n'aura pas plus d'indépendance. Car si le juge est subordonné au législateur, car il ne peut ni contredire la loi, ni prendre de solutions générales, il est supérieur à l'administrateur car « il peut seul imprimer à sa décision la valeur supérieure de chose jugée et la même décision rendue par un administrateur ne peut acquérir que la valeur d'une solution administrative ».

Cette distinction formelle des fonctions, tout aussi bien que l'idée qui est à sa base, la souveraineté du parlement, conduit à abandonner la notion de séparation des pouvoirs, au moins dans le sens où elle est entendue depuis Montesquieu, d'une certaine séparation fonctionnelle. « La séparation des pouvoirs, selon le droit positif actuel, n'est pas du tout une séparation des fonctions. Les trois sortes d'actes législatifs, exécutifs, judiciaires, peuvent avoir un contenu identique, mais la même décision acquiert une valeur bien différente, suivant l'autorité qui la prend et de plus, les conditions suivant lesquelles une décision déterminée peut être prise, varient suivant l'autorité qui la prend : voilà ce que signifie aujourd'hui, la séparation des pouvoirs. La vérité est donc qu'elle consiste à attribuer distinctement aux trois sortes d'organes ou autorités étatiques des puissances de degrés bien divers. C'est une séparation qui porte, non pas sur les fonctions matérielles, mais sur les degrés de puissance formelle. Cela ne ressemble guère à la séparation que préconisait Montesquieu. En vérité, ce que l'on trouve consacré dans

le droit public français, c'est bien plutôt un système de gradation des pouvoirs qu'un système de séparation des pouvoirs. » (38)

Cette conception de la gradation des pouvoirs, que l'on peut considérer comme le couronnement de toute la doctrine de Carré de Malberg, indique assez à quelle conclusion l'adoption de celle-ci doit conduire en notre matière. Il ne saurait, pour le gouvernement, être question de suspendre l'application de la loi, puisque celle-ci apparaît comme l'expression de la volonté nationale. L'Assemblée pourra, si elle le juge utile, laisser quelque compétence discrétionnaire au gouvernement dans l'application de la loi, mais celle-ci n'existera que dans les limites où elle a été reconnue par le texte légal ; le gouvernement est donc strictement soumis aux volontés du législateur (39). Quant aux jugements, nous avons vu également que ceux-ci possèdent une force supérieure aux décisions simplement administratives. Aussi, la compétence du gouvernement doit-elle être

(38) « Théorie générale... ». T. II. N° 306, p. 114.

(39) Rappelons que toute la doctrine de Carré de Malberg est, avant tout, formaliste : ainsi ce n'est que lorsqu'il statue dans les formes législatives que le parlement est législateur et que sa volonté apparaît comme l'expression de la volonté générale. On ne pourrait donc arguer de ce que le gouvernement est sous le contrôle politique constant des chambres pour lui reconnaître le droit de surprendre les lois lorsque l'Assemblée ne s'oppose pas à cette attitude et qu'elle le maintient en fonction ; c'est la thèse présentée par M. Barthélemy et que nous avons critiquée plus haut. Mais si l'on adopte la théorie de Carré de Malberg, il faut alors déclarer que le Parlement agit comme simple organe de contrôle et non plus en qualité de législateur. Il ne peut alors suspendre l'exécution des décisions qu'il a prises en cette dernière qualité. Il faudrait, pour ce faire, que sa décision soit prise également en forme législative.

strictement liée quant à leur application. Qu'il s'agisse d'exécuter la Loi ou le Jugement, le gouvernement n'apparaît jamais que comme un simple agent. (40)

SECTION III

APPRÉCIATION CRITIQUE

On a pu dire de l'œuvre de Carré de Malberg qu'elle apparaissait comme un tout si uni, comme une construction si solidement construite qu'on ne pouvait qu'y adhérer ou la rejeter dans son ensemble (41). On peut néanmoins ne pas adhérer à certaines de ses conclusions, et surtout la méthode même à laquelle recourt Carré de Malberg, c'est-à-dire une méthode rigoureusement formaliste doit être, croyons-nous, rejetée.

Nous ne ferons pas ici une critique détaillée de la conception de Carré de Malberg, quant aux rapports entre le Droit et l'Etat. On sait que, pour lui, le premier est la création du second. Disons simplement tout le danger que présente une telle opinion pour les gouvernés, puisque l'Etat n'a plus alors d'autres limites dans son pouvoir que celles qu'il voudra lui-même s'imposer. Et c'est bien cette doctrine de l'« auto-limitation » que Carré de Malberg est logiquement conduit à adopter (42). Duguit

(40) « Théorie générale... », T. II. N° 405, pp. 399 et s.

(41) Burdeau, loc. cit., p. 356.

(42) « Théorie générale... », T.I. N°s 79 et suiv., pp. 79 et suiv.

s'est justement opposé à cette doctrine qui n'offre aux gouvernés que des garanties illusoires. (43)

Quant à la conception de « la Loi, expression de la volonté générale », elle doit très certainement être rejetée. M. Jèze y a opposé une violente critique, plus fondée d'ailleurs sur des arguments politiques que juridiques. Les conditions dans lesquelles se déroulent les élections, le fait que les députés sont avant tout les représentants de leur circonscription bien plus que ceux de la nation, l'incompétence de bien des parlementaires, les manœuvres politiques qui préludent aux votes importants, empêchent, dit-il, de se rallier à cette thèse (44). Mais l'existence même d'une volonté générale ne peut être démontrée objectivement, pas plus que ne peut l'être celle de la personne que constituerait l'Etat. Elle repose essentiellement sur le dogme du contrat social dont toute la doctrine moderne reconnaît la fausseté. Duguit a présenté sur tous ces points une vigoureuse critique de cette doctrine (45). Enfin, si même on adhère à cette conception d'une volonté générale émanant du corps de la nation, il faut en accepter les conséquences logiques, et adopter le système de la démocratie directe, car, ainsi que Rousseau lui-même l'a affirmé, une volonté ne peut se déléguer. « La souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale, ne peut jamais s'aliéner ; le souverain qui n'est qu'un être collectif ne peut être représenté que par lui-même ; le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté » (Contrat social, Livre III, Ch. I). Carré de Malberg reconnaît lui-même que

(43) « Traité... », 2^e édition, T. I, § 55, pp. 478 et suiv.

(44) « Le dogme de la volonté nationale et la technique politique », in R.D.P., p. 164.

(45) « Traité... », 2^e édition, T. I, § 9, p. 56 ; § 52, p. 452.

les constituants de 1791 et, à leur suite, ceux de 1875, ont, sur ce point, fait une fausse application des principes qu'ils avaient posés, en créant un régime représentatif (46), c'est faire alors, reposer tout le système constitutionnel tel qu'il le présente sur une base fausse et logiquement inadmissible ; il ne peut plus être fondé alors que sur la volonté des constituants, mais quelle est la valeur de celle-ci, puisqu'elle non plus ne peut être considérée logiquement comme l'expression de la volonté nationale ? Il faut alors conclure qu'elle ne s'impose qu'en raison de la puissance de fait que possédaient ces constituants et de son acceptation paisible par les gouvernés, ce qui est bien différent des idées de Carré de Malberg.

Enfin, sans plus exposer de critiques de détail, la méthode suivie par cet auteur nous paraît inacceptable. Notons d'ailleurs que lui-même est parfois obligé de solliciter les textes et d'en modifier le sens pour les faire coïncider avec les données du droit positif. C'est ainsi, qu'il est, nous l'avons vu, contraint de donner à la notion d'exécution des lois une extension considérable en y faisant rentrer toute l'activité exercée en vertu d'habilitations législatives. Or, si l'on veut s'en tenir à la teneur même du texte, il est certain que cette interprétation est critiquable. Agir en vertu d'une loi est en effet tout différent d'exécuter cette loi. Il ne s'agit là que d'une critique sans portée générale mais qui montre bien le danger des méthodes strictement positivistes.

Et plus généralement, la seule exégèse des textes ne peut conduire qu'à des résultats fragmentaires et incomplets. Une telle méthode suscite toutes les cri-

(46) « La Loi... », C. I, N° 16, p. 18.

tiques qui ont été exposées à propos des doctrines de M. Barthélemy et de Hauriou, car elle ne peut, elle aussi, qu'aboutir à des solutions contingentes. Et encore les théories pragmatistes peuvent-elles, par leur souplesse, s'adapter à toutes les données fournies par le droit positif. Une thèse formaliste est, au contraire, liée, dans ses conclusions, à un texte qui peut être périmé et maintenu seulement non pas parce qu'il correspond au courant d'idées actuel, mais simplement parce qu'il n'apporte pas, en raison de sa brièveté, d'entraves à leur mise en application. D'ailleurs, si l'on base la théorie du Droit sur les textes positifs, il faut consentir à sa révision aussi souvent que ces textes seront modifiés, c'est-à-dire qu'il faut renoncer à toute théorie de portée générale, le théoricien cédant alors la place au praticien. Nous nous refusons à adhérer à une telle conclusion.

Néanmoins, et pour aussi fondées et sérieuses que soient les critiques qu'elle suscite, l'œuvre de Carré de Malberg n'aura pas été sans influence sur la solution de notre sujet. Elle contient en elle, mais conçue sous une forme encore imparfaite, une idée particulièrement féconde, celle de la hiérarchie, de la gradation des règles de droit. Mais, pour que cette idée trouve son plein épanouissement, il faut tout d'abord que soit dégagée la distinction entre la fonction, donnée matérielle, et l'organe, donnée purement formelle et donc sans véritable intérêt scientifique. C'est à Duguit que sera échue en France, la tâche de systématiser fortement cette conception purement matérielle de la distinction des fonctions étatiques. C'est sa doctrine que nous allons maintenant examiner.

CHAPITRE III

DUGUIT ET LA DISTINCTION MATÉRIELLE DES FONCTIONS (1)

Ces doctrines de la personnalité et de la souveraineté de l'Etat, dont Carré de Malberg a été en France le plus brillant représentant, n'ont pas rencontré de critique plus sévère, d'adversaire plus résolu que Duguit. Cette opposition va se marquer dès les premières pages de leurs œuvres. Carré de Malberg considère comme un fait observable l'existence de l'Etat : personne juridique douée d'une volonté supérieure à celle des sujets. Et le droit constitutionnel consiste pour lui à étudier les manifestations de cette volonté et les formes dans lesquelles elle est émise. Aux yeux de Duguit, de telles affirmations sont autant de postulats indémontrables : « Toutes ces doctrines... ne sont qu'hypothèses et fictions... Les faits, les voici : des hommes qui ont des besoins communs et qui ont des aptitudes di-

(1) Nous avons plus particulièrement consulté pour cet exposé sommaire les œuvres suivantes de Duguit :

« L'Etat, le droit objectif et la loi positive ». Paris, Fontemoing, 1901.

« Manuel de droit constitutionnel », Paris. Fontemoing, 1911.

« Traité de droit constitutionnel », 2^e édition, en 5 volumes, Paris, Fontemoing, 1921.

« Traité de droit constitutionnel », 3^e édition (interrompue au tome 2). Paris, Fontemoing, 1927.

verses, qui échangent des services, qui ont toujours vécu en commun et toujours échangé des services, qui, par suite de leur nature physique, ne peuvent vivre qu'en commun et en échangeant des services, des hommes dont les uns sont plus forts que les autres et dont les plus forts ont toujours imposé une contrainte aux plus faibles, des hommes qui agissent, qui ont conscience de leurs actes. Voilà les faits. » (2). On peut dire que dans ces quelques lignes est esquissée toute la doctrine de Duguit sur le Droit et l'Etat.

SECTION I

LA CONCEPTION RÉALISTE DU DROIT ET DE L'ÉTAT

La base d'une construction scientifique du Droit ne peut être que l'observation des faits. Celle-ci révèle simplement l'existence de groupes humains, plus ou moins organisés. Les individus qui composent ces groupes présentent deux caractères : d'une part, ils ont une activité consciente, d'autre part, ce sont des êtres sociables, en ce sens qu'ils ne peuvent vivre qu'en société. C'est par ces deux caractères que Duguit va expliquer la nature et le fondement de la règle de droit.

(2) « L'Etat... », T. I., p. 5. La critique n'est pas adressée à l'œuvre même de Carré de Malberg, qui lui est postérieure, mais elle s'y applique exactement, puisque cet auteur s'est entièrement rallié à ces conceptions que combat Duguit. Il suffit, pour constater l'antinomie totale de leurs doctrines, de se rapporter aux passages des 2^e et 3^e éditions de son traité de droit constitutionnel, où Duguit critique l'œuvre de Carré de Malberg. Ainsi il va jusqu'à affirmer : « Carré de Malberg est aux antipodes de mes conceptions ». (« Traité... », 2^e éd., T. II, p. 144).

L'homme est conscient de ses actes, il décide librement de son activité. Lorsqu'il adopte une certaine attitude, quand il prend une certaine décision, il affirme par cela même qu'il eût pu en choisir une autre, ne pas agir, ou agir autrement. (C'est tout au moins ce que révèle l'observation psychologique. On peut, mais ce n'est pas là le rôle du juriste, discuter le problème métaphysique d'un déterminisme qui guiderait toute l'activité humaine.) Il résulte de ce caractère conscient de l'activité humaine que la loi qui s'imposera à elle ne sera pas une loi de causalité, puisque cette activité cesserait alors d'être libre. « Aucune assimilation ne peut être établie entre les lois du monde physique et du monde vivant d'une part, et les lois sociales d'autre part » (3). Celles-ci auront simplement pour effet de fixer à l'activité humaine certains buts qu'elle pourra légitimement viser. « La loi sociale ne peut pas être une loi de cause, puisqu'elle s'applique aux actes volontaires et conscients de l'homme. Elle ne peut être qu'une loi de but, une règle, une norme qui dirige et limite l'activité consciente et volontaire de l'homme, qui fixe l'objet et le but de son vouloir, qui lui interdit certains actes et lui en impose certains autres. » (4).

Quant au fondement de la règle de droit, il va se trouver dans le fait que l'homme vit en société et ne peut vivre qu'en société. Il y a là pour lui une nécessité biologique que confirme d'ailleurs l'observation sociologique. Vivant en société, les hommes sont donc solidaires les uns des autres. Ce lien de solidarité apparaît d'ailleurs sous deux aspects diffé-

(3) « Traité... », 2^e édition, T. I, p. 14.

(4) « Traité... », 2^e édition, T. I, p. 15.

rents. Il y a tout d'abord une solidarité par similitudes : les hommes se groupent parce qu'ils ont certains besoins, certaines aspirations qui leur sont communs, parce qu'ils présentent entre eux certaines ressemblances physiques. Dans les sociétés plus évoluées, ce lien se renforcera encore de toutes les traditions et de tous les souvenirs historiques communs. D'autre part, la solidarité apparaît sous un second aspect, que Duguit qualifie de solidarité par division du travail : les hommes n'ont pas tous les mêmes aptitudes, dans les groupes sociaux les moins évolués, certains individus se distinguent par leur force, par leur adresse à certains travaux. Très vite, les hommes vont comprendre l'utilité de confier certaines tâches à ceux qui sont les plus aptes à les remplir. Mais, dès lors, à mesure que se développera cette spécialisation, le lien entre les membres du groupe va devenir plus nécessaire et plus étroit, car les individus ainsi spécialisés ne pourront plus vivre isolés les uns des autres.

Conscient de ses actes, et voyant ses souffrances diminuer à mesure que s'organise la solidarité sous ses deux formes, l'homme va aspirer à développer celle-ci. Ce sentiment existera plus ou moins net, plus ou moins confus, mais existera toujours. Dès lors va naître une règle sociale. « Finalement, de ce fait que l'homme est un individu solidaire d'autres individus naît pour lui une règle de conduite qui se résume en cette formule générale : ne rien faire qui diminue la solidarité sociale par similitudes et la solidarité sociale par division du travail, faire tout ce qui est matériellement au pouvoir de l'individu pour accroître la solidarité sociale sous ses deux formes. » (5)

(5) « L'Etat... », T. I, p. 91.

Un autre sentiment que celui de la solidarité va d'ailleurs contribuer également à la formation de la règle sociale, c'est le sentiment de justice. « Le sentiment du juste et de l'injuste est un élément permanent de la nature humaine. » (6). Ce sentiment de justice n'est d'ailleurs pas une notion permanente en son contenu, certaines choses peuvent être considérées comme justes à certaines époques ou dans certains pays et comme injustes en d'autres temps ou d'autres lieux, mais le sentiment de justice n'en continue pas moins à exister chez l'homme. Il correspond au sentiment qu'il a de son individualité, comme le sentiment de la solidarité correspond à celui de son caractère sociable.

De la combinaison de ces deux sentiments chez les membres d'un groupe social déterminé, va naître la règle sociale. Celle-ci n'a donc pas plus qu'eux-mêmes, un caractère abstrait et permanent. Le contenu de la règle, c'est, à tout moment, ce qui est utile au développement de la solidarité sous ses deux formes, et ce qui paraît juste à la masse des consciences des membres du groupe (7). Or les exigences de la vie sociale et la conception du juste et de l'injuste sont variables, la règle sociale le sera donc également. Mais elle ne cessera pas néanmoins d'exister. Elle est donc variable en son contenu, mais permanente en son principe. Il résulte également de ce fondement réaliste que la règle sociale ne va pas imposer à tous les individus des obligations identiques. Prescrivant à chacun d'entre eux de faire ce qui est en son pouvoir pour développer

(6) « Traité... », 2^e édition, T. I, p. 50.

(7) Duguit n'admet pas, en effet, l'existence d'une conscience collective, généralement admise par les sociologues, mais qu'il rejette comme indémontrable.

la solidarité sociale, elle aura, dans chaque cas, un contenu divers et spécial, puisque les aptitudes et les forces des hommes sont elles-mêmes différentes. La règle apparaît donc comme sociale par son fondement, individuelle par son objet et il ne peut en être autrement puisqu'elle s'adresse, non pas à une prétendue conscience collective dont l'existence est indémontrable, mais à des consciences individuelles.

Il faut insister sur la manière dont cette règle sociale va s'appliquer. Elle ne peut imposer certains actes aux volontés individuelles, puisque celles-ci sont libres. Elle n'est qu'une loi de but. Elle fixe une certaine finalité aux initiatives individuelles. Un individu peut donc toujours violer la règle, mais son acte n'aura de valeur sociale que s'il est accompli dans un certain but, celui-là même exprimé par cette règle. Si, au contraire, l'acte est accompli dans un but autre, non seulement il n'aura pas de valeur sociale, mais encore, s'il apparaît de nature à compromettre la solidarité ou, contraire au sentiment que se fait alors de la justice la masse des membres du groupe, il pourra amener une sanction contre son auteur. Cette sanction sera d'ordre divers, selon l'importance de la règle violée. Au cas de violation d'une règle morale, ce sera le sentiment de réprobation qui entourera l'auteur de l'acte ; ce pourra être même simplement le ridicule qui l'atteindra au cas de violation d'une prescription de la mode. Ce qui va caractériser la règle de droit parmi les autres règles sociales, c'est que sa violation apparaîtra comme si grave, si dangereuse pour la vie du groupe, qu'elle amènera une sanction socialement organisée. « Une règle économique ou morale devient norme juridique lorsqu'a pénétré dans la conscience de la masse des individus composant un groupe social donné, la notion que le groupe lui-même, ou que

ceux qui détiennent la plus grande force, peuvent intervenir pour réprimer les violations de cette règle. Sous une autre forme, il y a règle de droit quand la masse des individus composant le groupe comprend et admet qu'une réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement organisée. » (8)

Toute cette conception du Droit repose donc essentiellement sur l'observation des faits (ou tout au moins sur une certaine interprétation de cette observation). Son caractère le plus remarquable, et qui est caractéristique de l'œuvre et de la pensée de Duguit, c'est qu'elle est conçue sans qu'il soit nécessaire de recourir à la notion d'Etat ou de puissance étatique. L'attitude de Duguit est donc totalement différente des doctrines couramment exposées et qui font de l'Etat l'élément créateur du Droit ; chez Duguit, au contraire, la notion de Droit est extérieure et antérieure à celle de l'Etat. Bien loin de le créer, l'Etat va être limité par le Droit.

La règle de droit existe dès qu'il y a une collectivité d'individus conscients de leurs actes. Mais si l'on cesse de considérer les individus eux-mêmes pour examiner la structure, l'organisation du groupe social, on peut aisément observer qu'il n'existe pas de groupe totalement indifférencié, où tous les membres auraient les mêmes fonctions et les mêmes pouvoirs. Partout on voit un certain nombre d'individus qui commandent aux autres et qui peuvent imposer leur volonté par la contrainte matérielle dont ils disposent, partout on voit des gouvernants qui donnent des ordres aux gouvernés. En prenant le mot dans son acception la plus large, on peut dire qu'il y a un Etat toutes les fois qu'existe, dans une

(8) « Traité... », 2^e édition, T. I, p. 36.

société donnée, cette différenciation politique entre les membres, quelque rudimentaire et imparfaite qu'elle puisse être. « Ce mot Etat désigne soit les gouvernants ou le pouvoir politique, soit la société elle-même où existe cette différenciation entre gouvernants et gouvernés et où existe par là même une puissance politique. » (9). Il faut d'ailleurs que cette puissance de contrainte dont disposent les gouvernants soit irrésistible. Si, en effet, une autre puissance pouvait s'y opposer, elles s'équilibreraient et se neutraliseraient, « tant que durera cette situation, il n'y aura plus Etat, il y aura véritablement anarchie » (10). L'existence de l'Etat, c'est-à-dire la distinction au sein d'un groupe social entre gouvernants et gouvernés, n'est donc qu'un fait. Sans doute, le plus souvent, les gouvernants eux-mêmes vont-ils chercher à expliquer et à justifier leur prédominance, car l'acceptation de leur supériorité par les gouvernés est un élément de leur puissance. Mais toutes ces doctrines invoquées pour justifier le pouvoir pèchent par leur base même ; toutes, en effet, elles reposent sur l'idée que la volonté des gouvernants est d'une essence, d'une nature spéciale qui lui permet de s'imposer à celle des gouvernés. Il y a là encore un postulat indémontrable : l'observation ne permet que de constater chez tous les individus, gouvernants ou gouvernés, l'existence d'une volonté consciente et identique. N'étant pas de nature différente, la volonté des gouvernants n'a donc de valeur sociale que dans les conditions où est efficace la volonté des gouvernés, c'est-à-dire quand elle vise le but fixé par la règle de droit. « Les gou-

(9) « L'Etat... », T. I, p. 395.

(10) « Traité... », 2^e édition, T. I, p. 396.

vernants sont des individus comme les autres : par conséquent, comme tous les membres de la collectivité considérée, ils sont soumis au droit objectif de ce groupement... les individus qui exercent la puissance étatique sont soumis à la prise du droit comme tous les autres individus et le problème de la subordination de l'Etat au droit, et de la limitation de la puissance étatique, se trouve ainsi résolu de lui-même. » (11)

Quelles sont donc les obligations imposées aux gouvernants par la règle de droit ? La question comporte la même réponse que pour tous les autres membres de la collectivité : ils doivent tout d'abord s'abstenir de tout acte interdit par cette règle. Ils doivent ensuite collaborer au développement de la solidarité sous ses deux formes, et à la satisfaction du sentiment de justice, tel qu'il est conçu au moment considéré. Nous avons vu que ce devoir variait en son contenu suivant les individus et les moyens d'actions dont ils disposent. Les gouvernants, possédant, par définition, la plus grande force matérielle, vont donc être assujettis à des obligations particulièrement lourdes. Elles vont essentiellement consister à assurer toute cette activité indispensable à la vie du groupe et pour laquelle l'initiative privée s'avère insuffisante, c'est-à-dire à assurer le fonctionnement des services publics. Cette notion de service public est, aux yeux de Duguit, fondamentale. Elle justifie ces pouvoirs exorbitants du droit privé dont disposent les gouvernants. D'autre part, « les pouvoirs des gouvernants sont limités à cette activité de service public, et tout acte des gouvernants est sans valeur quand il poursuit un but autre qu'un but de

(11) « Traité... », 2^e édition, T. I, p. 514.

service public. Le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental. » (12). Reste la question de savoir quels doivent être ces services publics, si l'Etat doit se borner à la surveillance des activités privées, ou empiéter sur le domaine qui leur est généralement réservé. La question ne peut comprendre de réponse unique. La tâche des gouvernants est d'assurer le respect de la règle de droit, elle est donc variable comme cette règle elle-même. « On parlait autrefois de l'ordre et de la paix dans la justice ; pendant la Révolution, on parlait du bonheur commun par la protection des droits individuels. On parle aujourd'hui d'assistance, de protection du travail, de culture, d'enseignement, de développement de la richesse, de protection économique. La formule ancienne : l'ordre et la paix par la justice, était la plus compréhensive et la plus exacte. La mission obligatoire est toujours essentiellement cela, c'est-à-dire qu'elle a essentiellement pour objet la réalisation du droit. » (13)

SECTION II

LA DISTINCTION MATÉRIELLE DES FONCTIONS

La doctrine courante fait reposer la distinction des fonctions sur celle des organes par lesquels elles sont exercées. Nous avons vu ainsi que Carré de Malberg considérait cette méthode comme la seule justifiée. Ici encore, Duguít va à l'encontre de cette doctrine, car il n'est pas possible qu'un même acte

(12) « Traité... », 2^e édition, T. II, p. 56.

(13) « Traité... », 2^e édition, T. I, page 521.

puisse avoir une nature juridique différente selon qu'il est accompli par un individu ou par un autre. Une distinction scientifique des fonctions n'est concevable que permanente ; il ne peut en être ainsi si leur contenu varie avec les pays et les constitutions considérés. Aussi Duguit va-t-il rejeter cette conception formaliste et faire reposer la classification des fonctions sur celle qu'il propose pour les actes juridiques qu'il nous faut donc brièvement exposer.

De la règle de droit naît à tout moment un ensemble de pouvoirs et de devoirs. Cet ensemble constitue l'ordonnancement juridique ou ordre juridique (14), c'est-à-dire « l'état social existant à un moment donné d'après les règles de droit s'imposant aux hommes du groupement social considéré et les situations juridiques qui s'y rattachent. » « L'acte juridique est l'acte de volonté intervenant avec l'intention qu'il se produise une modification de l'ordonnancement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit ou tel qu'il existera à un moment futur donné. » (15). Cette modification ne se produit pas d'ailleurs par suite d'une puissance spéciale de volonté de l'auteur de l'acte ; l'acte juridique ne peut, en effet, comme tout acte de volonté, que produire un effet immédiat, c'est-à-dire une certaine activité de l'auteur de l'acte. Mais, lorsqu'il va être conforme au but fixé par la règle de droit, et ce

(14) Duguit emploie indifféremment les deux termes. M. G. Scelle fait, au contraire, entre eux, une distinction. L'ordre juridique, c'est l'ensemble des règles abstraites déterminant les compétences ; l'ordonnancement, c'est l'ensemble des situations juridiques qui naissent de l'utilisation de ces compétences. « Précis de droit des gens », Sirey, 1932. T.I, p. 15.

(15) « Traité... », 2^e édition, T. I, p. 219.

n'est que dans ce cas qu'il est valable, il va déclencher un effet médiat qui sera produit non par lui-même, mais par le droit objectif. C'est d'après la nature des modifications ainsi causées dans l'ordonnement juridique, que l'on peut classer les actes.

« Il y aura une modification à l'ordre juridique existant, d'abord, toutes les fois qu'une règle existante sera supprimée ou modifiée, en un mot, toutes les fois qu'il y a une modification en plus ou en moins au droit objectif. Dès à présent, on voit apparaître une première catégorie d'actes juridiques, ceux qui sont faits avec l'intention qu'il se produise une modification dans les règles de droit. Ce sont ces actes que nous appellerons des actes-règles. Ils ont exclusivement le caractère objectif, puisque à leur suite se produit uniquement une modification dans le domaine du droit objectif, sans qu'il soit touché en quoique ce soit à la situation d'un ou plusieurs individus déterminés. » (16)

On peut ensuite distinguer une deuxième catégorie d'actes qui ne possèdent plus un caractère rigoureusement objectif. « Certaines règles du droit objectif, quoique étant des dispositions par voie générale et abstraite, ne s'appliquent pas indistinctement à tous les membres du groupement social, mais seulement à ceux qui seront déterminés par un acte fait conformément à la règle elle-même. » (17). Cet acte, que Duguitt appelle l'acte-condition, présente donc un caractère double ; d'une part, il est objectif puisqu'il ne fait que conditionner l'application de certaines dispositions du droit objectif, d'autre part, il est subjectif en ce qu'il conditionne cette application à un sujet déterminé. Le type d'un tel acte est la nomination de fonctionnaires.

(16 et 17) « Traité... », 2^e édition, T. I, p. 221.

« Enfin, un acte se produit à la suite duquel apparaît à la charge d'un sujet une obligation spéciale, concrète, individuelle, momentanée, qui n'était pas créée par le droit objectif, qui n'existerait pas à la charge de cet individu par l'application d'une règle quelconque du droit objectif. » (18). C'est l'acte subjectif créateur de la situation subjective. Cette dernière notion appelle quelques précisions. La règle objective confère aux individus le pouvoir de faire des actes qui, s'ils sont conformes à ses prescriptions, auront une valeur juridique, c'est-à-dire seront socialement sanctionnés. Lorsqu'un acte juridique sera accompli en vertu de ce pouvoir objectif et abstrait, il naîtra en faveur de son auteur un pouvoir d'obtenir dont le contenu sera déterminé, *in concreto*, par l'acte de volonté. Il y aura donc création d'une situation juridique nouvelle, subjective et concrète. Notons encore qu'il n'y a pas véritablement création de droit par l'auteur de l'acte, en effet, l'effet juridique ne peut être que celui attaché à cet acte par le droit objectif. « Comme les situations précédentes, la situation juridique subjective se résume toujours en un ensemble d'impératifs objectifs s'adressant à des individus..., des impératifs tels que, s'ils sont violés, la contrainte sociale organisée intervient sous la condition qu'une personne le demande, et même parfois spontanément. Seulement, ce qu'il y a de particulier dans la situation subjective, qui ne naît et ne peut naître qu'après un acte juridique, c'est que l'objet de la prestation, son étendue et les personnes auxquelles elle s'impose sont déterminés par un acte intellectuel de celui qui fait l'acte. » (19)

(18) « Traité... », 2^e édition, T. I, p. 222.

(19) « Traité... », 2^e édition, T. I, p. 260.

Cette distinction des actes juridiques va servir de base à celle des fonctions étatiques. Il faut tout d'abord préciser le sens de ce terme : il ne faut pas entendre par là les tâches que doit assurer l'Etat, nous avons vu d'ailleurs que celles-ci étaient multiples et variables. Au sens juridique, la fonction est déterminée par la nature des actes accomplis. « En d'autres termes, c'est uniquement d'après les modifications qui, à la suite de l'acte, se produisent dans l'ordonnement juridique, soit dans le domaine du droit objectif, soit dans les situations juridiques subjectives, que doivent être distinguées les différentes catégories de fonctions juridiques de l'Etat. » (20). L'Etat exerce son activité au moyen d'actes juridiques, parfois aussi d'agissements matériels. D'autre part, nous avons vu que cette activité était limitée au fonctionnement des services publics. Ces remarques vont permettre à Duguit d'élaborer une distinction tripartite des fonctions de l'Etat, qui ne s'écarte d'ailleurs pas, en la forme tout au moins, de la distinction généralement adoptée.

En premier lieu, « l'Etat exerce la fonction législative, quel que soit l'organe qui intervient, toutes les fois qu'il fait un acte-règle, toutes les fois qu'il formule une disposition normative ou constructive, modifiant sur un point quelconque et d'une manière quelconque le droit objectif, tel qu'il existe au moment où il intervient. » (21). Par règle normative, il faut entendre celle qui pose une règle de conduite, par exemple la règle « il ne faut pas tuer », ou « il faut réparer le dommage causé par sa faute » ; par règle constructive, celle qui organise les moyens

(20) « Traité... », 2^e édition, T. II, p. 135.

(21) « Traité... », 2^e édition, T. II, p. 137.

pratiques, les procédures nécessaires à l'application des premières, par exemple les règles organisant les moyens de répression ou de contrainte contre les meurtriers ou les débiteurs défaillants. L'Etat peut seulement créer ces règles normatives. En effet, les règles constructives constituent véritablement le droit objectif, or, celui-ci est antérieur à l'Etat ; celui-ci ne peut donc que le constater, qu'affirmer son existence. La loi et le règlement ne tirent pas leur valeur du fait qu'ils sont pris dans les formes constitutionnelles par les organes compétents, mais de ce qu'ils sont la constatation du droit objectif, tel qu'il ressort à un moment donné, dans un certain groupe, des nécessités de la solidarité sociale et du sentiment de la justice qui règne alors. Les dispositions constructives elles-mêmes, si elles ne sont pas données directement par le droit objectif, n'ont elles-mêmes de valeur que parce qu'elles visent à faire assurer le respect de ce droit objectif, et non pas parce qu'elles émaneraient d'une soi-disant volonté étatique supérieure à celle des administrés.

La catégorie des actes législatifs coïncide donc exactement avec celle des actes-règles. La fonction administrative ne va pas présenter le même caractère de simplicité. En effet, « l'Etat exerce la fonction administrative toutes les fois qu'il accomplit un acte-condition ou un acte-subjectif ou quand les agents procèdent, pour assurer le fonctionnement d'un service public, à l'accomplissement d'actes purement matériels » (22). Cette fonction présente donc un caractère complexe. Duguit explique d'ailleurs pourquoi il y fait rentrer les actes-conditions. C'est, dit-il, parce qu'ils présentent, du moins en partie,

(22) « Traité... », 2^e édition, T. II, p. 137.

le caractère subjectif (23). Quant aux actes matériels, s'il les comprend également dans la fonction administrative, il remarque par ailleurs qu'« il n'est point inutile de mettre dans une classe à part les opérations matérielles ». (24)

Enfin Duguit souligne justement l'existence, dans ce mécanisme d'élaboration du droit, des contestations, des situations contentieuses qu'il importe d'apurer. Ce va être le rôle de la fonction juridictionnelle. Lorsqu'il l'accomplit, « l'Etat résoud une question de droit qui lui est posée. Pour cela, il déclare s'il y a eu ou non violation d'une règle de droit, naissance ou non d'une situation juridique objective ou subjective, atteinte ou non à une situation de droit objectif ou de droit subjectif. Il prend une décision qui est la conséquence logique de la solution donnée à la question de droit et qui est destinée à en assurer la réalisation » (25). Nous avons vu déjà, lors de l'étude de la fonction juridictionnelle, que la doctrine de Duguit n'était pas sur ce point exempte de reproches et qu'elle a été dépassée par la doctrine moderne.

Toute cette construction du Droit, de l'Etat, des fonctions étatiques, va trouver son aboutissement logique dans une conception qu'on peut considérer comme le couronnement de l'œuvre de Duguit et le résultat de son effort constant pour limiter l'Etat par le droit ; la conception de l'Etat de droit. (26)

(23) « Traité... », 2^e édition, T. II, p. 230.

(24) « Traité... », 2^e édition, T. II, p. 275.

(25) « Traité... », 2^e édition, T. II, p. 137.

(26) « Toutes les études qui font l'objet du présent ou-

SECTION III

L'ÉTAT DE DROIT

La subordination de l'Etat au droit va se marquer à trois points de vue : le caractère obligatoire de la règle de droit, le principe de légalité, l'autorité de la chose jugée.

§ 1. — *Le caractère obligatoire de la règle de droit*

Celle-ci est, nous l'avons vu, antérieure à l'existence de l'Etat. Elle est, avant tout, l'expression des conditions nécessaires au maintien et au développement de la vie sociale. Elle s'impose donc à tous les membres de la collectivité, et parmi eux aux gouvernants. Il va s'en suivre deux conséquences.

Tout d'abord, l'activité des gouvernants n'est juridiquement valable qu'autant qu'elle est conforme à la règle de droit. En particulier, la loi n'a pas de valeur par elle-même, elle ne vaut qu'autant qu'elle est la constatation du droit objectif. Sans doute le législateur peut-il influencer sur la formation de celui-ci : la loi positive, si elle n'a pas été conçue formellement par la conscience des membres de la collectivité, sera le plus souvent acceptée par eux. Mais il faut affirmer qu'au cas où elle serait considérée comme inopportune ou injuste par la masse des gouvernés, la loi cesserait de posséder toute va-

vage sont dominées par cette idée, à mes yeux fondamentale, que l'Etat est subordonné à une règle de droit supérieure à lui-même, qu'il ne crée pas et qu'il ne peut pas violer. » (« Traité... », 2^e édition, T. II, p. 547).

leur impérative. Ce serait une loi contraire au droit. Duguit donne donc au mot constitutionnalité un sens matériel, plus étendu que celui qui lui est généralement reconnu. « J'appelle loi contraire au droit toute loi formelle qui contient une disposition contraire, soit à un principe de droit supérieur, tel qu'il est aperçu par la conscience collective du peuple... soit contraire à une disposition inscrite dans la déclaration des droits (Duguit reconnaît, en effet, à celle-ci le caractère constitutionnel), soit enfin à une disposition de la loi constitutionnelle rigide dans les pays qui ont adopté cette hiérarchie des lois. » (27). Le refus d'obéissance à une telle loi est donc non seulement excusable, mais encore légitime. Une telle conclusion a valu à Duguit le qualificatif d'anarchiste (28). Il envisageait d'ailleurs l'organisation d'une telle résistance à la loi au sein d'un mouvement syndicaliste fortement organisé. Sans insister sur le danger d'une telle conclusion, on peut peut-être souligner son illogisme. La règle de droit est l'expression de la conscience de la masse des gouvernés, la loi formelle est l'œuvre des gouvernants ; or, dans le régime démocratique, les gouvernants ne sont pas autre chose que la masse des gouvernés. Comment, dès lors, la loi formelle peut-elle être en contradiction avec le droit objectif ? (29)

D'autre part, et ce point intéresse plus directement notre étude, de ce que la règle de droit est impérative, il va résulter que tous ont le devoir de

(27) « Traité... », 2^e édition, T. III, p. 660.

(28) Voir en particulier, Hauriou : « Les idées de M. Duguit », extrait du « Recueil de Législation de Toulouse », 1911.

(29) Voir en ce sens M. Waline : « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français », année politique française et étrangère, T. IV, 1929, p. 397.

coopérer à sa réalisation. Plus particulièrement, les gouvernants sont dans l'obligation de faire fonctionner les services publics. La doctrine de Duguit va donc conduire à des résultats absolument opposés à ceux des doctrines subjectivistes : la notion de devoir va remplacer celle de droit, et, pour adopter une terminologie juridique, la notion de compétence va primer celle de capacité. C'est là l'aboutissement de toute la philosophie solidariste de Duguit qui tend à subordonner les intérêts privés à l'intérêt général, à mettre l'individu au service de la collectivité. Dès lors, l'agent public, et les gouvernants eux-mêmes n'auront jamais de compétence véritablement discrétionnaire, en ce sens que pèsera toujours sur eux l'obligation juridique de prendre la décision la plus apte à assurer la réalisation de la règle de droit. M. Bonnard a pu écrire ainsi : « Quant à M. Duguit, il nie l'existence d'un pouvoir discrétionnaire. C'est d'ailleurs dans la logique de sa théorie du droit. La loi n'est pour lui qu'une constatation jamais intégrale d'un ordonnancement juridique antérieur et supérieur à l'Etat. Si donc l'Etat est un Etat de droit, à défaut de limitation légale, l'administrateur reste lié par les dispositions de droit supérieur, quoiqu'elles n'aient pas été constatées par la loi. » (30). Cette affirmation reste exacte dans son principe, et la preuve en est que Duguit a consacré peu de développements au problème de la compétence discrétionnaire (31) ; elle est néanmoins

(30) R.D.P., 1928, p. 685, in « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl », pages 668 et suivantes.

(31) Duguit étudie plus spécialement la matière du détournement de pouvoir. Nous avons, au cours de cette étude, négligé systématiquement l'examen de cette question. Il s'agit,

exagérée dans son expression. Duguit affirme bien que l'agent est toujours lié par le droit objectif, formulé ou non par la loi, et il en tire la conséquence qu'il ne saurait y avoir d'actes discrétionnaires, « c'est-à-dire d'actes pour lesquels l'administré ne serait pas recevable à demander l'annulation au conseil d'Etat en soutenant que l'agent public, en le faisant, a été déterminé par un but autre que celui que la loi avait en vue en lui donnant sa compétence, et *a fortiori*, à soutenir que l'agent a été déterminé par un but étranger à tout service public » (32). Mais il n'en reste pas moins que dans certains cas l'agent sera libre de déterminer quel est l'acte le plus conforme au but d'intérêt général qu'il doit viser. Cette liberté d'appréciation sera déterminée par la loi qu'il s'agit d'appliquer, « elle est parfois extrêmement étendue, quelquefois, au contraire, elle est extrêmement restreinte. Parfois il y a ce qu'on appelle compétence liée, c'est-à-dire que certains faits se trouvant réunis, certaines circonstances étant accomplies, l'agent public ne peut refuser d'agir dans tel ou tel sens déterminé » (33). La limitation de la compétence discrétionnaire s'opère donc, pour Duguit, au moyen de la notion de but. Nous avons déjà vu (34) que cette notion était insuffisante et qu'elle devait être remplacée par celle de motifs, c'est-à-dire de situation objective anté-

en effet, d'un cas de violation positive de la loi. Et nous nous limitons uniquement à l'étude de l'illégalité de l'inactivité gouvernementale, à l'étude des violations négatives de la loi.

(32) « Traité... », 2^e édition, T. II, p. 297.

(33) « Traité... », 2^e édition, T. II, p. 301.

(34) Première Partie. Chapitre II, Section I, sous-section II, § 2.

rieure à l'acte. Nous aurons bientôt à revenir sur l'importance de cette dernière notion.

§ 2. — *Le principe de légalité*

La loi, étant l'expression du droit objectif, ne peut être que générale et impersonnelle, puisqu'elle trouve son fondement dans les nécessités et les sentiments sociaux. Cette généralité constitue par ailleurs le meilleur frein à l'arbitraire parlementaire puisque, si elle est générale, la loi ne pourra être édictée pour des motifs purement personnels ou contingents. Mais la protection ainsi assurée aux particuliers ne sera efficace que si on affirme qu'« aucune décision individuelle ne pourra être prise qui ne soit conforme à une disposition par voie générale antérieurement édictée ». Cette règle constitue le principe de légalité ; elle est, aux yeux de Duguit, fondamentale, et elle s'impose donc à tous les organes de l'Etat. « Le parlement lui-même est lié par la loi. Il peut l'abroger, la modifier, ou la remplacer par une loi nouvelle ; mais, tant qu'elle existe, il lui est subordonné et il ne peut prendre de décisions individuelles qui lui soient contraires. S'il le faisait, il ferait un acte contraire au droit, et, par conséquent, sans valeur juridique. » (35)

Mais il faut insister sur ce point que c'est uniquement en vue d'assurer la protection des administrés contre l'arbitraire gouvernemental ou parle-

(35) « *Traité...* », 2^e édition, T. III, p. 682. Ici encore, il est intéressant de souligner l'opposition de vues entre Duguit et Carré de Malberg. Pour celui-ci, le parlement, une fois qu'il statue en forme législative, peut prendre valablement toute décision individuelle, encore qu'elle soit contraire aux textes généraux antérieurement formulés.

mentaire que Duguit affirme la nécessité de ce principe. C'est ainsi qu'il se plaît à souligner le rôle qu'il a joué dans la Grèce antique ou, en l'absence de toute idée d'une limitation du législateur par un droit supérieur, il assurait la garantie de la notion de liberté. Duguit va sur ce point être dépassé par l'Ecole de Vienne pour laquelle le principe de légalité va découler d'une nécessité logique. Il convenait, néanmoins, de souligner l'importance qu'il lui a attachée.

§ 3. — *L'autorité de la chose jugée*

« Pour que le principe de légalité puisse produire tous ses effets, il faut admettre un second principe qui le complète et qui est aussi indispensable, parce que, s'il n'est pas respecté, le principe de légalité est réduit à néant. Dans tout pays civilisé, vivant sous un régime de droit, il faut qu'il y ait des juridictions fortement organisées, composées d'hommes compétents et absolument indépendants du pouvoir politique ; il faut que les décisions prises par ces juridictions soient reconnues comme s'imposant également au respect des gouvernants et des gouvernés ; il faut que tous les organes publics, quels qu'ils soient, depuis le parlement jusqu'au plus modeste des conseils locaux, depuis le chef de l'Etat jusqu'au plus humble des agents, s'inclinent devant elles. Il faut, en un mot, que tous reconnaissent que l'Etat est lié par les décisions des tribunaux. » (36). Il serait, en effet, inutile de déclarer que le gouvernement est lié par la loi, qu'il ne peut prendre de décision individuelle dérogeant

(36) « Traité... », 2^e édition, T. III, p. 553.

à un texte général, s'il n'était pas lié par la décision juridictionnelle constatant l'illégalité d'un tel acte et l'annulant en conséquence. Mais ce principe de l'autorité de la chose jugée s'impose également pour une raison technique et non pas seulement pour assurer la protection des administrés. Il trouve, en effet, son fondement dans le principe même de la subordination de l'Etat au Droit. « Il est facile de montrer la vraie raison pourquoi la décision du juge s'impose au parlement, au gouvernement. Il suffit de rappeler le vrai caractère de la fonction juridictionnelle ; elle consiste ou bien à constater la violation de la loi et à en tirer logiquement les conséquences que la loi elle-même y attache, ou bien à constater l'existence et l'étendue d'une situation subjective et à en ordonner la réalisation. Par conséquent, ce n'est pas, à vrai dire, la décision juridictionnelle qui s'impose à l'Etat, au gouvernement, au parlement, c'est la loi elle-même, c'est la situation subjective dont l'existence et l'étendue ont été reconnues. La force obligatoire des décisions juridictionnelles à l'égard de l'Etat est donc une conséquence logique et simple de la conception de l'Etat de droit ; l'Etat est lié par le droit objectif et le droit subjectif, quand, au cas de violation ou de contestation, ils sont constatés et sanctionnés par les agents auxquels la loi a donné compétence à cet effet. » (37)

SECTION IV

APPRÉCIATION CRITIQUE

Bien que Duguit ne se soit guère étendu sur le problème de la compétence discrétionnaire, il nous

(37) « Traité... », 2^e édition, T. II, p. 540.

a paru impossible de ne pas exposer un bref aperçu de sa doctrine. Celle-ci représente, en effet, tant par certains des résultats auxquels elle aboutit, que par son influence sur le développement de la doctrine française contemporaine, une étape décisive de la pensée juridique.

Quelles sont donc les causes qui expliquent le retentissement de cette doctrine, et les points où elle apporte à la science du Droit des éléments véritablement nouveaux ?

C'est tout d'abord le souci constant qu'a Duguit d'affirmer la limitation de l'Etat par le Droit, de nier l'omnipotence des gouvernants quels qu'ils soient. Il prend ici la contrepartie de toute la doctrine classique qui admet le caractère souverain de la volonté étatique, et ne lui reconnaît comme limites que celles qu'elle consent volontairement à s'imposer. Aussi la doctrine de Duguit apparaît-elle comme essentiellement libérale, et tout en étant solidariste, éminemment protectrice du droit des individus. Il est ici intéressant de souligner les critiques que Duguit a ainsi adressées aux lois sur les congrégations (38). Ce premier point suffit déjà à expliquer et à justifier l'accueil fait à sa doctrine.

Si on se place à un point de vue plus strictement juridique, l'apport le plus considérable de Duguit à la science du droit est sans doute l'affirmation du caractère objectif de la règle de droit : avant Duguit, la théorie du droit était essentiellement basée sur la notion de sujet de droit, et sur l'affirmation de l'efficacité juridique de la volonté individuelle. Nous ne reprendrons pas ici une critique que

(38) « Traité... », 2^e édition, T. V, pp. 635 et suiv.

Duguit lui-même a longuement exposée (39). Rappelons simplement combien ces conceptions subjectivistes et individualistes rendaient difficile, sinon impossible, l'explication de certains faits juridiques : ainsi le problème de l'abus du droit, celui de la personnalité morale, celui de la subordination de l'individu à l'Etat que la doctrine courante expliquait en postulant la personnalité de l'Etat, et la supériorité de sa volonté, soit au nom de la souveraineté nationale, soit en vertu d'autres conceptions extra-scientifiques. Enfin, sur le plan du droit international, la doctrine subjectiviste, considérant les états membres de la collectivité internationale comme autant de personnes juridiques douées de volontés égales et indépendantes, aboutissait à la notion de souveraineté et à l'impossibilité d'établir des rapports entre Etats autrement que sur une base contractuelle. C'était, en fait, le retour dans le domaine du droit international à la théorie du contrat social, si justement critiquée par les auteurs de droit constitutionnel. La doctrine de Duguit, basée sur l'existence d'une règle de droit objectif, s'imposant à tous les sujets et déterminant leurs compétences, permet de résoudre ces différents problèmes puisque, dès lors, ces sujets n'auront pas d'autres pouvoirs juridiques que ceux qui leur sont reconnus par la règle de droit. Les résultats auxquels Duguit aboutit ainsi sur ces différents points : théorie de la personnalité juridique, de la souveraineté étatique, et sur bien d'autres problèmes que nous ne pouvons rappeler ici, peuvent être, semble-t-il, considérés comme acquis.

Sur un autre point, qui est celui de l'analyse

(39) « Traité... », 2^e édition, T. I, pp. 111 et suiv.
Id., 3^e édition, T. I, pp. 14 et suiv.

juridique, on peut également considérer l'apport de Duguit comme décisif. La doctrine subjectiviste, voyant dans la volonté du sujet la source de l'efficacité juridique de son acte, basait donc logiquement la classification des actes sur celle des organes dont ils émanaient. Duguit a justement montré comment une telle méthode, purement formaliste, ne permettait pas d'aboutir à une distinction véritablement scientifique des actes, puisque celle-ci ne peut être alors valable que pour un pays et une constitution considérés. Or, l'effort scientifique consiste à traduire les données fournies par l'expérience en formules générales et permanentes. La distinction des actes juridiques élaborée par Duguit répond à cette nécessité scientifique. Aussi reste-t-elle, croyons-nous, un procédé d'analyse et de recherche fondamental, bien qu'on puisse peut-être contester la distinction absolue faite par Duguit entre l'acte-condition et l'acte subjectif. Quant à la distinction des fonctions que propose cet auteur, elle appelle peut-être plus de réserves. Elle a, certes, l'avantage de se conformer à une longue tradition doctrinale. Par contre, elle ne correspond pas, du moins exactement, à la distinction des actes. Seule la fonction législative a un contenu véritablement précis, l'acte-règle ; la fonction administrative peut, elle, s'accomplir au moyen d'actes juridiques divers et même d'actes matériels ; enfin, la fonction juridictionnelle est, chez Duguit, caractérisée par le mode de raisonnement employé par l'agent, et non par ses effets. Il faut d'ailleurs noter que si la distinction des actes reste fondamentale, celle des fonctions n'a, en fait, qu'une importance secondaire ; une fois les actes caractérisés par leurs effets, on peut concevoir divers modes de classement ou de groupement de ces actes.

Mais, pour aussi considérables que soient les progrès ainsi réalisés, il ne nous semble pas que l'œuvre de Duguit ne soit pas, sur certains points, susceptible de critiques.

On peut tout d'abord contester la validité de la méthode qui consiste à bâtir tout l'édifice juridique sur la science sociologique. L'œuvre de Duguit est, en effet, et lui-même le reconnaît d'ailleurs en divers passages de son œuvre, basée essentiellement sur les conceptions sociologiques de Durkheim. N'est-ce pas là, du point de vue logique pur, commettre un syncrétisme méthodologique, et joindre l'un à l'autre deux ordres de connaissance différents ? Et, par ailleurs, n'y a-t-il pas quelque imprudence à fonder l'étude juridique sur les données d'une science encore jeune et en pleine évolution ? M. Waline écrit ainsi : « Duguit a lié tout le système qu'il construisait à une philosophie fragile, sujette à révision ! Car, enfin, sans prendre parti pour ou contre Durkheim, il est bien permis de dire que son œuvre n'échappe pas à la règle commune des philosophies, qui est une révision perpétuelle, inéluctablement liée au progrès des recherches de l'esprit humain. La sociologie spécialement est une science toute nouvelle, particulièrement incertaine, par conséquent ne donnant des réalités sociales que des approximations forcément assez grossières. » (40). Le même auteur fait justement remarquer qu'admettre comme fondement du droit le sentiment de la justice à côté du sentiment de la solidarité n'est pas fait pour affermir ce fondement, car est-il sentiment plus confus et plus mouvant ? Et que faudra-t-il décider au cas

(40) Voir article précité in « Année politique française et étrangère », T. IV, 1929, pp. 385 et suivantes.

où le sentiment de la justice et celui de la solidarité conduiront à des solutions opposées ?

Par ailleurs, il y a peut-être quelque exagération à séparer absolument le droit et l'Etat. Nous avons vu que Duguit niait, comme indémontrable, l'existence d'une conscience collective (41). Qu'est-ce donc alors que la règle de droit ? Duguit déclare qu'elle est l'expression des sentiments de la solidarité et de la justice tels qu'ils sont conçus, à un moment donné, dans un certain groupe, par la masse des gouvernés. Mais qu'entendre par cette expression ? Faut-il déclarer qu'il s'agit des sentiments communs à tous les membres du groupe. Autant vaut dire alors qu'il n'y a plus de règle de droit, car en existe-t-il qui ne suscite aucune opposition ? Ne faut-il pas dire alors que la règle de droit est l'expression des règles considérées comme utiles et justes par un certain nombre d'individus du groupe, assez nombreux ou assez puissants pour imposer aux membres opposants leur manière de voir ? Mais la notion de droit rejoint alors celle de pouvoir, telle qu'elle est conçue par Duguit. Notons, d'ailleurs, qu'en fait, dans l'Etat moderne, il semble bien impossible, si ce n'est peut-être pendant certaines périodes de troubles, que les gouvernants puissent se maintenir longtemps en fonction sans l'assentiment des gouvernés, ou de la plupart d'entre eux ; si bien que l'expression de la volonté des gouvernants rejoint alors l'expression de cette conscience du groupe des gouvernés qui est, pour Duguit, le fondement de la règle de droit.

Cette conception d'une séparation tranchée du

(41) « Traité... », 2^e éd., T.I, pp. 56 et suiv. « Il n'y a que des individus et des consciences individuelles ; scientifiquement, on ne peut affirmer l'existence que des individus et des consciences individuelles », p. 62.

droit et de l'Etat conduit Duguit à distinguer un droit objectif et une loi positive, le premier primant la seconde. Mais qui pourra définir le contenu de la règle objective ? Toute l'organisation de l'Etat moderne ne consiste-t-elle pas à créer les organes les plus qualifiés, les mieux outillés pour constater ce droit objectif ? Comment peut-on alléguer les erreurs qu'auraient commises ces organes et, surtout, qui sera qualifié pour le faire ? Reconnaître cette compétence au juriste, c'est sans doute le faire sortir de son rôle. Il est intéressant de noter sur ce point qu'un des premiers adeptes de la doctrine de Duguit, M. Jèze, l'a, sur ce point, abandonnée, et qu'il reste fidèle à une conception positiviste : « Le droit positif, le droit en vigueur dans un pays, à un moment donné, est l'ensemble des règles appliquées par les tribunaux, règles bonnes ou mauvaises, en harmonie ou non avec la conscience que se font les individus de la solidarité et avec l'assentiment de la justice. Les règles qui sont en parfaite harmonie avec la conscience des individus et leur sentiment de la justice concordent avec le droit idéal. En fait, s'il arrive que les deux séries de règles ne coïncident pas, cela ne signifie pas que les règles de droit positif sont privées de force obligatoire. Cela signifie simplement qu'il convient de modifier le droit positif de façon à le mettre d'accord avec le droit idéal. » (42)

Enfin, nous pensons qu'il est peut-être possible d'adresser une dernière critique à la doctrine de Duguit. Celle-ci, si elle analyse avec justesse les divers

(42) « Les principes généraux du droit administratif », 3^e édition, Giard édit., 1925, T. I, p. 34, et les notes 1 et 3 sous ce texte.

actes juridiques, ne s'attache pas assez au mécanisme de la formation du droit, ou tout au moins à celui du passage de la règle objective aux situations subjectives. Duguit marque bien que les actes-conditions ou les actes-subjectifs ne sont valables qu'autant qu'ils sont conformes aux règles législatives : c'est là le principe de légalité dont nous avons signalé l'importance dans son œuvre. Mais il s'attache surtout au côté négatif de ce principe ; il ne montre pas assez, croyons-nous, dans quelle mesure ces situations objectives et subjectives s'enchaînent et se conditionnent les unes les autres. Pour employer une terminologie maintenant consacrée, nous croyons que la doctrine de Duguit est, sur ce point, trop statique. Cela explique sans doute le peu de développements qu'il a consacré au problème de la compétence discrétionnaire. Celui-ci ressort, en effet, de la dynamique du droit, car la compétence discrétionnaire est essentiellement un élément du mécanisme de la formation des actes juridiques. Aussi est-ce maintenant par l'examen d'une doctrine résolument dynamique que nous allons terminer cette étude.

CHAPITRE IV

L'ÉCOLE DE VIENNE ET LA HIÉRARCHIE DES NORMES

Nous nous sommes, au cours de ce rapide exposé des doctrines contemporaines les plus marquantes, efforcé de suivre l'évolution continue de la pensée juridique vers l'élaboration de concepts généraux et de principes permanents.

Nous avons vu ainsi, en examinant les doctrines pragmatiques, la règle de droit considérée comme la résultante des diverses forces politiques en présence ; Chez Carré de Malberg s'affirme déjà l'effort pour condenser cette règle en une formule générale et abstraite : l'expression de la volonté générale ; Duguit aboutit enfin à une conception véritablement objective, la règle de droit n'étant plus que l'expression de nécessités sociales, variables en leur contenu, mais permanentes en leur principe ; Mais nous avons vu que l'on pouvait peut-être faire à cette doctrine le reproche de considérer comme acquis les résultats d'une science encore en pleine évolution. L'Ecole de Vienne représente, à l'heure actuelle, le dernier stade de cette évolution de la Doctrine, en vue de donner aux concepts juridiques un aspect véritablement général et scientifique.

Elle va, pour atteindre ce but, et suivant en cela

les données de la philosophie kantienne (1), s'efforcer de distinguer la science du Droit parmi les autres ordres de connaissance. Il faut, à cette fin, dégager le domaine et l'objet propre de la science juridique.

SECTION I

EXPOSÉ DE LA DOCTRINE

§ 1. — *Les caractères fondamentaux de la doctrine : normativisme et monisme*

Nous avons déjà vu que Duguit distinguait les lois naturelles et les lois sociales ; les premières étant des lois de causalité, les secondes des lois de but. Kelsen, qui est le fondateur de l'Ecole de Vienne, va insister sur cette distinction, à ses yeux fondamentale. Elle permet, en effet, de distinguer deux mondes de la connaissance, deux domaines de la pensée : d'une part le domaine de l'être, du *sein*, de l'autre celui du devoir être, du *sollen*, qui sont régis par des lois différentes. La science de l'être, les sciences naturelles ont pour base le principe de causalité. La loi naturelle va ainsi être l'expression des rapports nécessaires entre un certain nombre de faits observables. « Il est par suite impossible que, dans la nature, un corps enfreigne, viole jamais une loi naturelle, cela prouverait que la science a donné de

(1) Voir, sur les fondements philosophiques de l'Ecole de Vienne :

Simonovitch : « Les théories contemporaines de l'Etat ». Thèse, Paris, 1939, pp. 15 et suivantes.

Man (Georges) : « L'Ecole de Vienne et le développement du droit des gens ». Thèse, Paris, 1938, pp. 29 et suivantes.

cette loi une formule inexacte qu'il faut alors, bien entendu, rectifier de façon à faire apparaître le caractère régulier du fait nouveau. L'ordre de la nature, c'est tout simplement l'ensemble, le système des lois naturelles. » (2)

Il en va tout autrement de la loi qui régit le domaine du *sollen*, de la loi normative ; celle-ci dicte à la conscience des individus certains actes, ou plus exactement elle déclare que certains actes accomplis par les individus seront valables à ses yeux. Ce n'est donc plus une loi de causalité, mais une loi de validité. La règle peut donc exister, tout en étant parfois violée ; ainsi, la loi pénale subsiste malgré qu'on y contrevienne ; mais malgré ces violations, la règle normative reste valable, « c'est même en cette validité que consiste précisément l'existence des règles » (3). Le droit fait partie de ce domaine de la loi normative ; la règle de droit a pour nature, en effet, d'imposer aux hommes une certaine activité, de préciser à quelles conditions seront juridiquement valables les actes accomplis par les sujets.

Mais comment distinguer la règle de droit de

(2) Kelsen : « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », in « Recueil des cours de l'Académie de droit international », 1926, T.IV, pp. 231 et suiv., V. p. 233.

(3) Kelsen : « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », in R.D.P. 1926, pp. 561 et suiv., v. p. 563. Kelsen remarque même qu'une loi normative doit être parfois violée pour conserver ce caractère. Si elle ne l'était pas, elle exprimerait en réalité des rapports nécessaires, elle serait une loi de causalité. Encore faut-il, d'ailleurs, que la loi conserve néanmoins une certaine efficacité, autrement elle cesserait d'exister. Ainsi, on ne peut soutenir que l'ordre tsariste continue d'exister en Russie. (Id., p. 566).

la règle morale, celle-ci étant également de nature normative ? La règle morale est un produit immédiat de la conscience individuelle ; d'autre part, elle est valable en soi ; l'individu la respecte, non parce qu'il escompte quelque résultat ou quelque avantage, mais pour la seule satisfaction intime que lui procure cette attitude. La règle de droit a une origine extérieure à l'individu ; elle est objective, et son respect procure à l'individu certains avantages ou l'absence de certains désavantages, de la sanction qu'entraînerait sa violation. Cette opposition entre droit et morale peut être ainsi résumée en recourant à la terminologie kantienne : la règle morale est un impératif catégorique autonome, la règle juridique un impératif hypothétique hétéronome. Ce caractère d'extériorité va se marquer par le fait que la violation de la règle juridique va amener une sanction matérielle socialement organisée.

La science du droit a donc ainsi un domaine distinct de celui des sciences naturelles et de la morale. Elle a d'autre part un objet propre, qui est logiquement inhérent à tout ordre de connaissance particulier. L'objet de la science juridique est la norme, et seulement la norme.

Celle-ci ne peut être définie par son contenu. En effet, les prescriptions juridiques diffèrent selon les temps et les lieux. L'examen de ce contenu ne permet donc pas d'aboutir à une conception générale et scientifique. Il faut donc trouver un caractère commun à toutes les normes, c'est le caractère impératif : la norme ne se caractérise donc pas par son contenu variable, mais par sa structure ; toujours elle apparaît comme l'expression d'un devoir être.

Cette conception va permettre à l'Ecole de Vienne d'aboutir au monisme, qui est la conséquence du caractère purement logique de sa construction.

Le monde du droit ne comprend que des normes et des systèmes de normes.

Ainsi, il est courant de distinguer le Droit et l'Etat ; et on parle généralement de la puissance de l'Etat qui lui permet d'imposer certaines attitudes aux particuliers. « Pour comprendre la nature de l'Etat, il faut penser que des impératifs émanent de lui. Et, si on peut le considérer comme une puissance supérieure aux individus, membres du groupe étatique, c'est seulement en tant qu'il est un ordre qui leur impose une certaine conduite, un système de règles sur la conduite humaine. » (4). Il faut, pour préciser la portée et l'étendue de ce système de règles, de cet ordre juridique, exposer, au moins sommairement, la notion d'imputation. Celle-ci est un mode de raisonnement dont on retrouve l'équivalent dans les sciences naturelles. Il consiste alors à rapporter à l'organisme tout entier l'acte accompli par un organe. De même, dans le domaine juridique, on imputera à l'Etat certains actes accomplis par certains individus, par exemple les fonctionnaires. Mais alors que dans le domaine des sciences naturelles, toute activité de l'organe sera imputée à l'organisme, dans le domaine juridique seront seuls imputés à un ordre juridique donné les actes faits en vertu d'une règle posée par cet ordre juridique. Le sujet de droit, considéré en général, est ainsi un système de normes, un ordre juridique qui permet l'imputation d'un certain nombre d'actes individuels, car il n'y a d'activités qu'individuelles (5).

(4) « Rapports de système... », p. 234, « in fine ».

(5) Du point de vue normatif, on peut d'ailleurs distinguer deux sortes d'imputation. Dans un premier sens, l'imputation est le lien qui unit la conséquence juridique à la condition juridique, ainsi la sanction pénale du délit. C'est là

« L'imputation à l'Etat n'est qu'un cas particulier de cette sorte d'imputation ; l'Etat est donc la personnification la plus compréhensive, la personnification totale du droit, alors que tous les autres sujets de droit ne représentent que des personnifications d'ordres juridiques partiels. L'ensemble des règles, qui s'appliquent à la conduite d'un seul individu, constitue un ordre partiel, dont la personnification donne ce qu'on appelle la *personne physique*. S'agit-il d'un ordre partiel — de quelque façon qu'en soient fixées les limites — qui règle la conduite réciproque de plusieurs individus, compris dans un même groupe, on obtient la *personne juridique*. Un *sujet de droit* n'est donc pas un être doué d'une existence distincte et différente de celle de l'ordre juridique, mais la personnification, totale ou partielle, de celui-ci. » (6)

De même, doit disparaître l'antinomie souvent faite entre droit objectif et droit subjectif. Celui-ci n'étant pas autre chose que l'application du droit objectif à tel ou tel individu. Il est intéressant de noter ici l'identité des résultats obtenus par Kelsen et par Duguit, pour lequel il n'y a pas non plus de droit subjectif, mais seulement une situation sub-

l'équivalent dans le domaine des sciences normatives du principe de causalité dans les sciences naturelles ; mais il s'agit ici uniquement d'un lien de causalité normative : un certain délit a été commis, une certaine peine doit être appliquée. Dans un second sens, l'imputation est le lien entre un fait et une personne. C'est cette seconde sorte d'imputation normative qui permet la détermination du sujet de droit : « celle-ci consiste à établir un rapport entre un certain fait et l'ordre (total ou partiel) considéré dans son unité, dont une règle en ordonne la réalisation ». (« Rapports de système... », p. 243).

(6) « Rapports de système... », p. 243.

jective, résultant de l'utilisation d'un pouvoir conféré par le droit objectif.

La doctrine de Kelsen aboutit donc à une unité, à un « monisme » total de la connaissance juridique, celle-ci n'ayant qu'un seul objet : la norme. Il faut maintenant examiner le mode de création de ces normes. C'est le côté dynamique de la théorie du droit, qui va plus particulièrement intéresser notre étude.

§ 2. — *La formation du droit par degrés*

Bien que Kelsen ait également étudié la théorie du droit sous cet aspect dynamique (7), on s'accorde à reconnaître à son disciple Merkl le mérite d'avoir dégagé et précisé ce mécanisme de la formation du droit.

Merkl (8) adopte les bases de la doctrine de Kelsen ; la science juridique ne comprend et ne peut comprendre que l'étude des normes. Celles-ci sont toujours identiques en leur structure, encore qu'elles puissent être variables en leur contenu. Ainsi, il n'y a pas à distinguer entre normes générales et normes individuelles. La règle : A doit 100 à B ne diffère pas de celle qui détermine, *in abstracto*, les devoirs de toute une catégorie d'individus. Elle est, en effet, l'expression d'un devoir-être, la détermination d'une règle de conduite. De telles règles ne diffèrent donc

(7) R.D.P., 1926, pp. 620 et suivantes.

(8) Voir : Bonnard : « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl », in R.D.P., 1928, pp. 668 et suivantes.

Weyr (F.) : « La doctrine de M. Adolphe Merkl », in « Revue internationale de la théorie du Droit », Paris, Pedone, T. II, 1927/28, pp. 215 et suivantes.

pas par leur nature, il n'y a entre elles qu'une différence de degré. (9)

Si l'on observe cet ensemble de normes qui composent un ordre juridique donné, deux observations sont possibles.

Tout d'abord, les normes ne sont pas toutes de même valeur. Ce fait ressort particulièrement de la comparaison entre la loi et le règlement. Il s'agit là de normes de même nature, de règles générales et impersonnelles, mais cependant il est hors de contestation que si la loi peut modifier le règlement, ce dernier ne peut modifier la loi. « Cela constaté, une conséquence se présente aussitôt à l'esprit, à savoir qu'il est inexact de considérer l'ordre juridique comme une totalité de règles dotées, toutes, d'une valeur juridique égale. C'est ainsi qu'on est amené finalement à remplacer la conception traditionnelle de l'ensemble normatif à une seule dimension (pour employer l'expression imagée que M. Merkl a em-

(9) M. Bonnard a exposé une doctrine semblable sur ce point à celle de Merkl. — V. « L'origine de l'ordonnancement juridique », in « Mélanges Maurice Hauriou », Paris, Sirey, 1929, pp. 33 et suiv. Il justifie son opinion par les arguments suivants : La conception de la règle de droit : règle générale provient d'une assimilation injustifiée entre la loi juridique et la loi scientifique, qui est, par essence, objective et générale, puisqu'elle a pour but d'exprimer des rapports constants entre des faits divers. La règle de droit, étant l'expression d'un devoir être, peut être, elle, aussi bien individuelle que générale. — D'ailleurs, l'existence de situations individuelles postule celles de normes individuelles, ces situations étant des ensembles de pouvoirs et de devoirs de nature normative. Tout acte subjectif réalise une modification de l'ordonnancement juridique, modification individuelle par définition, et normative, puisque tout l'ordre juridique présente ce caractère. — Enfin, l'acte juridique ne se distingue de l'acte matériel qu'en ce qu'il est créateur de normes.

pruntée à la géométrie) par un ordre juridique (une totalité de règles de droit) à plusieurs dimensions ou, ce qui est la même chose, par une certaine hiérarchie des normes disposées par degrés suivant leur valeur juridique plus ou moins grande. » (10)

D'autre part, il y a lieu de remarquer également qu'à mesure que l'on passe des normes les plus générales à la norme individuelle, on peut constater que ces normes deviennent de plus en plus concrètes. Cette concrétisation progressive est particulièrement frappante si on compare des normes séparées les unes des autres par plusieurs degrés de la hiérarchie ; par exemple, l'ordonnancement d'une dette administrative due à un particulier et une règle constitutionnelle.

Ces diverses constatations ont conduit Merkl à élaborer sa « théorie de la formation du droit par degrés » : M. Bonnard la présente ainsi : « Il y a subordination des normes d'un degré à l'autre, parce qu'à chaque degré, les normes sortent de celles du degré supérieur. C'est qu'en effet, du point de vue strictement juridique, une norme ne peut être considérée qu'engendrée par une autre norme. Du point de vue sociologique, par exemple, on peut envisager la norme juridique comme un produit des faits sociaux. Mais, du point de vue juridique, la seule loi possible de formation de la norme est d'être engendrée par une autre norme. Car, si on se place au point de vue juridique pur, la norme se présente exclusivement comme un devoir-être. Or, en se limitant à ce point de vue, un devoir-être ne peut être considéré que comme produit par un devoir-être.

(10) Weyr, article précité, p. 221.

En d'autres termes, seule une norme peut produire une autre norme. » (11)

Une première conséquence va résulter de cette conception : On ne peut plus opposer les fonctions d'exécution aux fonctions de création du droit. En effet, chaque norme va être l'application de la norme qui lui est antérieure, et l'origine de celle qui lui est postérieure. Toute norme est donc à la fois exécution et source de droit. On ne peut donc, à ce point de vue, distinguer les différentes fonctions : c'est, encore une fois, l'affirmation du caractère moniste de toute la construction du droit (12). Néanmoins, quoiqu'elles soient de même nature, une distinction va pouvoir être établie entre les différentes normes ; nous avons vu en effet que celles-ci présentaient différents degrés de puissance et de généralité. C'est sur cette base que l'on peut distinguer divers degrés dans cette hiérarchie des normes. On pourra ainsi, du moins le plus souvent, distinguer la constitution, la loi, le règlement, les actes administratifs et les jugements, enfin les actes matériels d'exécution (en se limitant aux actes étatiques). Ce n'est là d'ailleurs qu'un schéma-type. En fait, certains systèmes juridiques pourront s'en écarter. Ainsi dans certains régimes, la constitution ne se distingue pas de la loi, dans d'autres, la fonction réglementaire peut faire défaut. Mais qu'il y ait plus ou moins de degrés dans la hiérarchie des normes n'ôte rien à la validité de la théorie ; le point essentiel étant simplement qu'il y a des normes hiérarchisées et qui se concrétisent peu à peu.

Nous venons d'exposer que chaque norme est,

(11) Article précité. R.D.P. 1928, p. 675.

(12) Cf. Kelsen : « La garantie juridictionnelle de la constitution », in R.D.P. 1928, p. 197 et suiv., V. p. 199.

à la fois, création et exécution du droit. Il faut cependant poser les limites de cette succession continue de normes. Il faut logiquement qu'au sommet de la hiérarchie soit une norme uniquement créatrice, qu'à sa base soient des actes uniquement exécutifs. L'expérience permet aisément de constater l'existence de ces derniers : ce sont tous les actes matériels d'exécution. Ceux-ci ne sont pas plus évidemment créateurs de droit, mais ils ne sont pas non plus étrangers au monde du droit ; ils représentent le dernier stade de sa réalisation progressive. Quant à la norme originaire, fondamentale, la *Grundnorm*, faut-il également rechercher son origine dans le domaine de l'expérience. Toute l'Ecole de Vienne s'oppose absolument à une telle recherche, car elle constituerait un syncrétisme méthodologique puisque toute science postule une méthode propre et qu'on rechercherait alors le fondement du droit, système de nature normative, dans le monde de l'être (13). Or, on ne peut rechercher logiquement l'origine du *sollen* dans le *sein*. La norme fondamentale est donc hypothétique, et ne peut être qu'hypothétique, comme l'est le fondement de toute science. Ce refus de rechercher le fondement de la règle de droit dans un ordre de connaissance extra-juridique va expliquer le caractère positiviste de la doctrine viennoise. En effet, puisqu'il n'est pas possible de construire un droit

(13) M. Bonnard recherche l'origine de l'ordonnement juridique dans une certaine conception de la valeur, celle de la valeur objective : notion créatrice de devoir-être et qui permet de concevoir l'origine de l'ordonnement extérieure aux individus. Mais cette recherche est liée à l'adoption de certaines conceptions philosophiques qui peuvent prêter à contestation. V. : « L'origine de l'ordonnement juridique », article précité.

théorique ou idéal, au nom de certaines conceptions extra-juridiques, sociologiques ou morales, il faut s'en tenir à l'étude du droit positif, tel qu'il existe réellement.

SECTION II

EXAMEN DE QUELQUES CRITIQUES ADRESSÉES A L'ECOLE DE VIENNE

Il n'est sans doute pas inutile, avant d'étudier le problème même de la compétence discrétionnaire, d'examiner quelques-unes des critiques adressées à cette doctrine sur laquelle nous allons nous baser pour exposer une solution de ce problème. Depuis quelques années, il n'est guère d'auteur de droit public qui n'ait consacré quelques pages à cette doctrine. Il ne saurait s'agir ici d'exposer toutes les critiques qui ont ainsi pu être présentées ; d'autant que cela nous conduirait le plus souvent à exposer l'ensemble des doctrines propres à leurs auteurs (14). Nous nous limiterons donc simplement à l'examen de deux ordres de critiques différents : la théorie de l'Ecole de Vienne n'est-elle pas compatible avec les données du droit positif français ? N'est-elle pas, d'autre part, logiquement inadmissible ? Nous examinerons brièvement, pour cela, les critiques pré-

(14) Mentionnons simplement les critiques présentées par :
Duguit : « Les doctrines juridiques objectivistes », R.D.P.
1927, pp. 537 et suivantes.

Hauriou : « Précis de droit constitutionnel », 2^e édition,
Introduction, p. viii et p. 8.

Maury : « Observations sur les idées du professeur H.
Kelsen », in « Revue critique de législation et de jurispru-
dence », T. 49, 1929, pp. 537 et suivantes.

sentées respectivement par Carré de Malberg et par M. Georges Scelle.

§ 1. — *La critique de l'École de Vienne
chez Carré de Malberg*

Cet auteur n'a pas consacré moins d'un volume à la critique de la théorie de la formation du droit par degrés (15). L'on sait déjà combien sa propre doctrine est rigoureusement positiviste : toute décision prise régulièrement par l'organe compétent est juridiquement valable et exempte de critique. Si donc une théorie juridique est en contradiction avec certaines données du droit positif, c'est que cette théorie est fausse. Or, Carré de Malberg considère qu'une telle contradiction existe, au moins à deux points de vue.

A) Les actes étatiques de chaque degré ne sont pas l'exécution des actes du degré supérieur. Tout d'abord, la loi n'est pas l'exécution de la constitution. Car d'une part, il n'y a pas lieu de distinguer ces deux degrés de la hiérarchie des normes puisqu'ils émanent en fait du même organe (16). D'autre part, le parlement est le représentant de la volonté générale, ses décisions présentent donc un caractère de création, d'initiative qui est incompatible avec l'idée d'exécution. « La loi sort, non de la constitution, mais de la puissance législative propre du parlement, laquelle est présentée par la constitution

(15) « Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français, relativement à sa formation ». Paris, Sirey, 1933.

(16) Nous renvoyons sur ce point à l'exposé de la théorie de Carré de Malberg, *supra*, Deuxième Partie, Chapitre II.

elle-même comme une puissance originale ou innée, et non comme une puissance habilitée. » (17). Notons immédiatement combien cette assimilation entre parlement et Assemblée nationale est critiquable. On ne peut conclure en effet de l'identité physique des membres à l'identité des organes qu'ils comparent. Et d'ailleurs la critique ainsi présentée serait-elle fondée qu'elle ne serait pas décisive. Il existe en effet des régimes juridiques où ne se marque pas de différenciation entre la loi et la constitution, ainsi le régime anglais ; On peut conclure uniquement de ce fait qu'il y a un degré de moins dans la hiérarchie des normes, mais non pas que celle-ci n'existe pas. Carré de Malberg reconnaît d'ailleurs que la loi ne peut violer la constitution. « Ce qui est vrai, c'est que la volonté générale doit respecter, dans ses initiatives législatives, les règles limitatives auxquelles elle a pu se soumettre dans la Constitution, notamment au regard et pour la sûreté du droit des particuliers. Mais ici, on sort de l'idée d'exécution ou d'application pour entrer dans celle de limitation. » (18)

Carré de Malberg objecte, d'autre part, que l'acte administratif ou juridictionnel n'est pas toujours l'exécution d'une loi ; sans doute la constitution française marque bien, en affirmant que la tâche du Président est de surveiller et d'assurer l'exécution des lois, le caractère exécutif de la fonction administrative ; sans doute aussi, l'article 471, 15° du Code pénal, ne sanctionne que les règlements *légalement* faits ; mais ce sont là les résultats d'une hiérarchie des organes et non d'une

(17) « Confrontation... », p. 62.

(18) « Confrontation... », p. 66.

hiérarchie des normes. Celle-ci imposerait comme une nécessité logique le respect du principe de légalité puisque la norme individuelle, non seulement doit, mais encore ne peut qu'émaner d'une norme plus générale. Or, cette conséquence n'est pas atteinte en droit français, au moins en ce qui concerne l'activité parlementaire. « Une pareille déduction se heurterait au fait qu'en droit public français notamment, il n'y a pas d'obstacle juridique qui s'oppose à ce que le Parlement, s'il croit avoir de bonnes raisons d'opportunité pour cela, déroge, par une loi de circonstance, à une règle générale consacrée par la législation en vigueur » (19). L'observation est en elle-même incontestable, mais, sans doute, Carré de Malberg en exagère-t-il la portée. Le principe de légalité régit, en France, tous les actes autres que ceux émanant du parlement, et si ceux-ci échappent à son emprise, c'est seulement en raison de l'absence d'un contrat juridictionnel de l'organe législatif. Peut-on conclure de cette insuffisance de contrôle à une différence de nature entre les actes du parlement et ceux émanant d'autres autorités ? Nous ne le pensons pas. On sait d'ailleurs qu'une doctrine unanime préconisait la réalisation d'un tel contrôle, du moins par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité.

Enfin, ajoute Carré de Malberg, une dernière considération s'oppose à ce qu'on puisse voir dans l'acte administratif ou juridictionnel la concrétisation de la règle législative : c'est qu'ils émanent d'organes différents, n'ayant pas la même puissance de volonté : « Ces deux puissances ne sont pas seulement de degrés

(19) « Confrontation... », p. 25.

inégaux, mais d'essence différente. L'une, celle de légiférer, emprunte à son titulaire, le parlement, la qualité souveraine que celui-ci doit à son caractère de représentant ; l'autre, la puissance exécutive, n'est que la puissance d'une simple autorité, dénuée de pouvoir représentatif, qui, d'une part, ne détient qu'une fonction commise, et dont la fonction ne consiste, d'autre part, qu'en actes pour lesquels elle ait été habilitée par le souverain ou son représentant. Or, une gradation proprement dite ne peut s'établir qu'entre puissances, actes ou règles de même genre ou de même nature. » (20). Mais cette argumentation, basée sur une différence de nature entre les normes qui ne ressort pas à l'évidence de l'examen du droit positif français, mais bien de l'interprétation qu'en donne Carré de Malberg, n'a donc que la valeur de cette interprétation même.

B) Les normes ne sont pas toujours créatrices de nouvelles normes. Toute cette seconde partie de la critique repose en fait sur la conception propre à Carré de Malberg, de la loi expression, de la volonté générale. Il va en tirer, ici encore, les conséquences logiques.

Tout d'abord, les actes accomplis par les particuliers ne peuvent être créateurs de droit, car « il n'est pas donné à n'importe qui de créer de l'ordre juridique dans l'Etat : c'est là un pouvoir qui ne peut appartenir logiquement qu'à une autorité qualifiée, c'est-à-dire ayant reçu compétence spéciale à cet effet. » (21). C'est qu'en effet, le droit est, pour Carré de Malberg, l'expression d'une volonté supérieure que les particuliers ne possèdent pas. Ce ca-

(20) « Confrontation... », p. 69.

(21) « Confrontation... », p. 87.

ractère volontariste de sa conception apparaît nettement lorsqu'il examine l'obligation pour le juge de respecter le contrat régulièrement intervenu entre deux parties (article 1134 du Code civil), « on ne peut pas, dit-il, supposer que le juge soit tenu envers la volonté des contractants, d'un devoir d'exécution qui impliquerait que ceux-ci lui soient hiérarchiquement supérieurs » (22). Mais Duguit a démontré comment il était impossible de prouver qu'une volonté soit supérieure à une autre, et comment l'acte juridique, de quelque organe qu'il émane, ne tient sa validité que de sa conformité au droit objectif.

Carré de Malberg objecte encore que, même parmi les actes émanant d'autorités étatiques, certains ne sont pas véritablement créateurs de droit. Ce sont les actes administratifs ou juridictionnels de portée individuelle. En effet, de tels actes n'intéressent pas la collectivité nationale et ne peuvent donc être considérés comme émanant de sa volonté. « Le fait qu'en vertu de telle ou telle règle de droit, A. doit payer 100 à B., est dépourvu d'intérêt pour la communauté ; ce n'est point parce que l'existence de cette dette a été reconnue et déclarée par jugement qu'elle commencerait à intéresser la collectivité nationale. » (23). « Sans doute, il reste vrai de dire que, dans le régime de l'Etat légal, la règle qui ressort de la décision administrative découle, tout comme celle née d'un jugement, d'une règle supérieure, qui ait, tout au moins, donné à l'auteur de l'acte compétence pour statuer sur le point à régler. Mais, entre cette règle supérieure, qui est une règle de communauté, et la règle portant sur

(22) « Confrontation... », p. 88.

(23) « Confrontation... », p. 118.

une espèce individuelle, la différence de portée et de qualité est si grande qu'au lieu d'insister sur le rapport de succession et d'enchaînement qui les relie l'un à l'autre et de les présenter, de ce chef, comme des éléments concourant, chacun pour sa part, à former un système de normes uniques, il conviendrait bien plutôt de relever et de souligner fortement le contraste qui s'établit entre elles et qui interdit de les envisager comme des facteurs de droit de même nature » (24). Il semblerait par là que Carré de Malberg ne considère comme règle de droit que la règle générale, mais il n'en est rien, à son sens, car la décision individuelle émanant du parlement intéresse toute la collectivité, puisqu'elle émane du représentant de la volonté nationale ! On ne saurait, d'ailleurs, adhérer à cette conception qui fait varier la nature de la règle juridique selon le nombre d'individus auxquels elle s'adresse. La théorie du droit, pour être générale, doit, non pas certes négliger ces différences de portée entre les divers actes, mais surtout rechercher leur caractère commun et le lien qui les relie. Est-il vrai, d'ailleurs, d'affirmer que l'acte individuel ne puisse jamais intéresser la collectivité tout entière ? Tous sont au moins intéressés à ce que tout acte, fût-il particulier, ne puisse intervenir que régulièrement et légalement.

C'est sa même conception, conception générale du Droit qui permet à Carré de Malberg d'éliminer encore toute une catégorie d'actes comme n'étant pas créateurs de droit. Ce sont tous ceux, même de portée générale, qui n'intéressent qu'une catégorie d'individus, par exemple les habitants d'une circonscription territoriale ou les usagers d'un

(24) « Confrontation... », p. 120.

service public. « Il est clair que du droit qui n'est fait qu'à titre local pour le département ou la commune, ne peut point passer pour du droit de la communauté nationale tout entière et ne peut davantage être incorporé dans le système de normes de l'Etat, encore qu'il soit créé en exécution de celui-ci ; il s'y rattache sous ce dernier rapport, et il y fait suite, mais il n'en fait point partie. » (25). La preuve en serait que ces actes ne sont pas publiés dans l'ensemble du territoire national ; ils ne sont pas, en effet, insérés au *Journal Officiel*. L'adoption de ce critère formel oblige d'ailleurs Carré de Malberg à admettre que les règlements présidentiels, qui jouissent de cette publicité, constituent véritablement du droit national. Il se met par là en contradiction avec la première partie de son exposé, où il affirme qu'il y a un « abîme » entre les activités législative et exécutive. C'est par la survivance historique de la conception qui faisait du chef de l'Etat le souverain, qu'il explique cette contradiction : Le Président reste une autorité exécutive, mais qui peut, en raison de ces origines historiques, être habilité à prendre des décisions valables pour la collectivité nationale tout entière. (26)

Ces diverses constatations empêchent donc Carré de Malberg d'accepter la théorie de l'Ecole de Vienne, en raison de son caractère moniste. « Pour construire une gradation unifiante, qui porte sur l'ensemble des règles déterminant d'une façon nouvelle ce qui doit être juridiquement, il ne suffit pas de constater que ces règles ont pour trait commun de créer le droit : il faut voir encore quelle sorte

(25) « Confrontation... », p. 129.

(26) « Confrontation... », p. 145, note 2.

de droit elles créent, et si ce droit est toujours de même nature. Il ne suffit pas non plus, pour pouvoir les rapporter indistinctement à l'Etat, d'avoir démontré que les règles d'en bas sont créées en exécution des règles plus hautes ; qui sont des règles d'Etat ; ni davantage de faire valoir que, comme le marque chez nous le libellé des jugements, spécifiant qu'ils sont rendus *au nom du peuple français*, ces règles, quelles qu'elles soient, sont créées en vertu d'une puissance, qui, aux mains de l'autorité créatrice, n'est autre que la puissance étatique. La réunion de ces divers traits ne fait toujours pas que la règle à laquelle ils s'appliquent, soit pour autant une règle de la communauté et de l'Etat ». (27)

En bref, toute cette critique présentée par Carré de Malberg, repose, non pas véritablement sur les divergences qui existeraient entre le droit positif français et les conclusions auxquelles conduit la doctrine de l'Ecole de Vienne, mais bien sur celles qui séparent cette doctrine et celle professée par cet auteur (28). Carré de Malberg part d'un postulat, le droit est l'expression de la volonté générale, or, le parlement représente cette volonté, donc il peut seul véritablement créer du droit. Le raisonnement ne vaut qu'autant que ce postulat est fondé. Et nous avons vu déjà les critiques qu'il suscite.

Mais quand bien même Carré de Malberg aurait fait un exposé rigoureusement objectif du droit français, suffirait-il de constater des divergences en-

(27) « Confrontation... », p. 150.

(28) Ainsi, M. Waline, étudiant lui aussi les données du droit positif français, en fait un tableau différent sur certains points de celui présenté par Carré de Malberg. — V. : « Observations sur la gradation des normes établie par M. Carré de Malberg », in R.D.P. 1934, pp. 521 et suivantes,

tre les données de ce droit et les conclusions de la doctrine viennoise pour conclure au rejet de celle-ci ? Un des disciples de Merkl, François Weyr, avait, dès 1934, contesté cette conclusion (29). Et M. Georges Scelle écrit dans le même sens : « montrer que la *Stufentheorie* n'est pas en correspondance avec le droit positif français n'en est pas une réfutation suffisante car bien que ses auteurs la présentent comme polyvalente, on ne saurait traiter le droit positif comme une science exacte. Il peut y avoir, en effet, des entorses à la technique scientifique du droit dans les systèmes positifs, sans que cela infirme cette technique. (29 bis). C'est donc au contraire, d'un point de vue exclusivement théorique que cet auteur va critiquer à son tour la doctrine de l'Ecole de Vienne.

§ 2. — *La critique de l'Ecole de Vienne
chez M. Georges Scelle*

M. Scelle est, en France, le plus éminent continuateur de la doctrine de Duguit, bien que, d'ailleurs, il l'ait abandonnée sur certains points (30).

(29) « La *stufentheorie* de la théorie pure du droit vue par un Français », in « Revue internationale de la théorie du droit », T. VIII, 1934, pp. 235 et suivantes.

(29 bis) « Cours de doctorat » 1941-42, p. 98.

(30) Relevons en particulier, la distinction entre l'ordre juridique et ordonnancement juridique, la classification des lois en normatives, constructives et institutionnelles, la théorie de l'acte juridictionnel. Sur ce dernier point, M. Scelle se sépare entièrement de Duguit il a, en effet, repris et développé la théorie présentée par M. Jèze et que nous avons antérieurement exposée. Nous renvoyons sur tous ces points au cours de doctorat 1941-42 (édité par les « Cours de droit ») qui représente la dernière expression de la pensée de M. Scelle.

Il assigne donc au Droit un fondement réaliste et sociologique. Il se sépare donc absolument sur ce point de l'Ecole de Vienne. Néanmoins, il est particulièrement intéressant de constater que, malgré ce désaccord initial, M. Scelle va aboutir à des conclusions sensiblement équivalentes à celles posées par Kelsen et Merkl.

Il faut, d'ailleurs, souligner que ce parallélisme devient plus net et plus apparent à mesure que M. Scelle a précisé et développé sa propre théorie du droit. Ainsi, il a abandonné certaines des critiques qu'il faisait, il y a quelques années encore, à la théorie viennoise. Il déclarait alors contestable l'affirmation qu'une norme prise en application d'une autre est plus concrète que cette première. « Il n'y a pas concrétisation des normes, par exemple, dans le passage de la règle législative au règlement d'administration publique. Que signifie concrétisation ? Cela veut dire que l'on sort de la norme abstraite pour constituer une situation juridique concrète. Or, le règlement d'administration publique s'applique exactement à autant d'individus que la loi, d'une part, et, d'autre part, les règles posées par un règlement d'administration publique ont exactement le même degré d'abstraction que la loi elle-même, c'est-à-dire qu'elles sont faites, d'une manière générale et impersonnelle, alors même qu'elles ne toucheraient qu'un seul individu. » (31). Cette critique partait sans doute d'une opposition trop absolue entre la règle abstraite et la situation concrète ; ce sont là les deux termes du processus de la réalisation du droit, entre lesquels s'échelonne toute une série de

(31) Cours de doctorat, 1937/38, édité par « Les Cours de droit », p. 81.

normes intermédiaires — Ainsi, le règlement concrétise la loi, non pas parce qu'il aboutit immédiatement à une situation concrète et individuelle, mais parce qu'il prépare la création de telles situations en précisant les mesures d'application de la loi — Puisque M. Scelle déclare-t-il maintenant, en exposant cette théorie de la concrétisation croissante des normes que « tout cela est exact et systématique ». (32)

D'autre part, M. Scelle objectait encore à l'Ecole de Vienne qu'elle méconnaissait la différence de nature entre la situation objective, abstraite, permanente (en ce sens que la compétence continue d'exister après qu'il en a été fait usage), modifiable par la loi et le règlement, et la situation subjective, concrète, transitoire (puisqu'elle disparaît après sa réalisation) et intangible. Nous n'avons pas retrouvé cette critique dans le dernier état de la doctrine de M. Scelle. Cet auteur tend maintenant, en effet, à rapprocher les situations objectives et subjectives (33). « On peut douter, déclare-t-il, de l'importance en technique de la différence entre les deux situations, subjective et objective, et on peut, par conséquent, être tenté d'admettre un certain « monisme » en ce qui concerne la situation juridique. La situation juridique varie dans ses modalités, mais, au fond,

(32) Cours de doctorat, 1941/42, p. 101.

(33) Dans son cours de doctorat 1937/38, M. Scelle affirmait déjà qu'une opposition absolue entre ces deux situations était inacceptable et qu'il y avait lieu, sur ce point, de rectifier la théorie de Duguit, car « il n'y a pas de situation individuelle qui soit pure, c'est toujours une situation complexe puisque, pour en procurer les effets, il est nécessaire de la jumeler avec une situation légale et réglementaire qui se joint à elle et qui détermine par quel moyen l'efficacité pourra en être obtenue », (p. 83).

(34) Cours de doctorat, 1941/42, p. 285.

c'est toujours la même : un faisceau de pouvoirs et de devoirs qui sont entre les mains des agents juridiques et qui sont déterminés par le droit positif » (34). La différence entre ces deux situations s'est encore atténuée depuis que se sont multipliées les décisions législatives modifiant les situations subjectives ou donnant pouvoir au juge de modifier ces situations.

Quelles sont les critiques qu'oppose encore M. Scelle à la théorie viennoise ? C'est tout d'abord le caractère hypothétique de la norme fondamentale. Mais l'École de Vienne elle-même, insiste sur ce caractère hypothétique. Tout système de connaissance est ainsi basé sur une hypothèse, invérifiable par elle-même, mais dont on pourra constater l'exactitude en vérifiant par l'expérimentation les conclusions qu'on en peut tirer logiquement (35). M. Scelle déclare d'autre part qu'on ne peut affirmer l'existence d'une seule et unique norme originelle, mais bien au contraire, dès que se constitue un groupe social, d'une pluralité de normes nées conjointement du sentiment de la solidarité et de la justice chez les membres du groupe. C'est là la conséquence logique de sa conception réaliste, mais si on voit dans la norme fondamentale qu'une hypothèse abstraite, elle est et ne peut être qu'une pour chaque ordre de connaissance.

(35) Notons que tout notre système de logique part du principe de causalité qui est en soi inadmissible logiquement puisqu'il est impossible d'assigner une origine à la chaîne des causalités successives autrement qu'en recourant à un principe métaphysique : Dieu ou la Nature. Mais ce principe permet d'expliquer la plupart des faits observables, aussi est-il unanimement accepté.

M. Scelle critique, par ailleurs, le positivisme et le formalisme de la théorie viennoise. Sur le premier point, nous avons déjà exposé comment, devant la difficulté de préciser ce droit idéal qui précéderait et commanderait le droit positif, nous pensions, au contraire, devoir adhérer à cette conception du positivisme juridique. Quant au reproche de formalisme, nous ne pourrions que nous ranger à l'opinion de M. Scelle. Une théorie véritablement scientifique du droit ne peut qu'être basée sur des concepts matériels, au sens où Duguit emploie cette expression. Mais la doctrine de l'Ecole de Vienne est-elle incompatible avec cette conception de la distinction matérielle des actes ? Nous ne le pensons pas (36). D'autre part, peut-être l'insuffisance de notre terminologie juridique est-elle en partie l'explication de ce caractère formaliste que l'on reconnaît généralement à la théorie viennoise. Elle est, en effet, formaliste en ce sens que, pour aboutir à des concepts généraux, elle se refuse à examiner le contenu précis des normes qu'elle caractérise seulement par leur forme, par leur structure ; mais faut-il en conclure qu'elle l'est également au sens où la doc-

(36) Ainsi, M. Bonnard, qui adopte la théorie de la formation du droit par degrés ne renonce-t-il pas, pour autant, à la distinction matérielle des actes. « On peut donc bien tirer de la Stufentheorie une distinction matérielle des fonctions si, en se dégageant de l'opposition formation-exécution, on envisage un certain groupement dans les degrés du droit et si, d'autre part, on tient compte du phénomène contentieux à côté des phénomènes de formation et d'exécution du droit » (« Précis de droit administratif ». Paris, Sirey, 1935, pp. 51 *in fine*, et 52). Nous avons déjà indiqué, en étudiant l'œuvre de Duguit (*supra*, Deuxième Partie, Chapitre II, Sect. III) que la distinction matérielle des actes nous paraissait être un procédé d'analyse fondamental.

trine française entend généralement cette expression, c'est-à-dire qu'elle baserait la distinction des actes exclusivement sur celle des organes dont ils émanent ?

Enfin, M. Scelle reproche à la doctrine de l'Ecole de Vienne, de considérer comme créateurs de normes, les actes juridictionnels. Nous avons déjà indiqué qu'en effet, M. Scelle a, sur ce point, repris et développé la théorie de M. Jèze (37), et qu'il limite donc l'acte juridictionnel à la seule constatation. Nous nous sommes efforcés de démontrer comment la décision nous semblait, au contraire, devoir faire partie intégrante de cet acte.

Malgré ces critiques, il est particulièrement remarquable de constater comment, par une méthode réaliste, M. Scelle aboutit à des résultats fort voisins de ceux obtenus à l'Ecole de Vienne.

M. Scelle a repris la théorie sociologique de Duguit : Dès qu'existe une société humaine, apparaît un ordre juridique, c'est-à-dire un ensemble de règles de conduite sociale, obligatoires pour les membres de la collectivité (38). C'est ce qu'exprime le

(37) Cours de doctorat, 1941/42, pp. 314 et suivantes.

(38) M. Scelle a développé la distinction faite par Duguit entre ces différentes règles. Il distingue comme lui les règles normatives, c'est-à-dire, celles qui imposent d'une manière abstraite, une certaine conduite, et les règles constructives, qui règlent les procédures nécessaires à la réalisation des premières. Mais il y ajoute les règles « institutionnelles » : « ce sont les règles d'organisation, abstraites également, mais qui organisent la compétence de certains individus ou de certains corps d'individus en vue de la réalisation effective de l'ordre juridique en général. Ce sont les règles qui organisent la compétence autoritaire des agents publics, voire, en certains cas, de particuliers ». (Cours de doctorat, 1941/42, p.65).

brocard *ubi societas, ibi jus*. Mais l'ordre juridique n'est pas une notion simple, elle est, bien au contraire, complexe, car il n'y a pas une société, mais une multiplicité de groupes sociaux : famille, église, association. Or, tout groupe social spécialisé, c'est-à-dire tout phénomène de solidarité particulier à un groupe identifiable, donne naissance à un ordre juridique. Peu importe, d'ailleurs, que ce groupe soit d'origine spontanée, instinctive, tel que la famille ; ou voulue, tel que l'association. Et tous ces ordres juridiques ne sont pas indépendants les uns des autres, ils sont dans un rapport de hiérarchisation. « Tout ordre juridique global ou complexe, c'est-à-dire tout ordre juridique se superposant à d'autres ordres juridiques co-existants ou pré-existants, conditionne nécessairement ces ordres juridiques composants ou sous-jacents. L'ordre juridique le plus étendu prime les ordres juridiques les moins étendus. » (39). Il y a là une nécessité sociale ; si un ordre juridique est apparu au-dessus des ordres juridiques pré-existants, c'est que les individus ont compris la nécessité d'un lien de solidarité plus étendu que ceux qui les unissaient dans les ordres juridiques restreints. L'ordre juridique supérieur correspond donc à une nécessité sociale, or, son existence serait compromise s'il ne primait pas les ordres inférieurs, car il y aurait alors anarchie entre les divers ordres juridiques composants, faute d'une règle supérieure pour régler leurs rapports. C'est, ainsi que la société internationale ne peut être organisée que si l'ordre juridique international prime et conditionne les ordres juridiques nationaux, que si l'on abandonne la notion de souveraineté des Etats (cette

(39) Cours de doctorat, 1941/42, p. 87.

notion consistant en l'exclusion de toute limitation juridique de la compétence de chaque Etat).

Enfin, à l'intérieur de chaque ordre juridique déterminé, existe une hiérarchie des règles qui le composent. Cette hiérarchie a une triple origine : elle est tout d'abord substantielle ; les règles qui expriment les nécessités fondamentales de la vie du groupe considéré, telles que celles qui déterminent quels seront ses membres (lois sur la nationalité) ou les organes qui détiendront le pouvoir (lois constitutionnelles proprement dites) doivent naturellement primer les autres. Il y a ensuite une hiérarchie organique ; les diverses règles émanent d'organes différents qui n'ont pas tous la même puissance, car il faut, pour assurer la cohésion de l'organisation étatique, qu'un organe ait le « droit du dernier mot », les règles émanant de cet organe auront elles-mêmes un caractère de supériorité sur celles émanant des autres organes. Enfin, il existe encore une hiérarchie logique ; les règles de droit normatives, qui posent des règles d'action, doivent primer les règles constructives et institutionnelles, puisque celles-ci ont seulement pour raison d'être l'application des principes posés par les premières.

M. Scelle aboutit donc également à une hiérarchie totale de l'ordre juridique, puisque les ordres juridiques composants sont eux-mêmes hiérarchisés ainsi que, dans leur sein, les règles qu'ils comprennent. Les plus grandes différences qui subsistent entre cette construction du droit chez M. Scelle et celle présentée par Kelsen et Merkl, proviennent donc surtout de la différence de fondement de leurs doctrines.

C'est ainsi que M. Scelle part, non pas d'une, mais de plusieurs normes fondamentales, et que sa doctrine met plus en évidence la complexité de l'ordre juridique que ne le fait l'Ecole viennoise.

Cette divergence entre ces deux doctrines ne peut-elle pas apparaître comme une illustration particulièrement marquante de l'opposition, souvent constatée, entre les méthodes des sciences juridiques allemande et française ; la première se consacrant surtout à l'élaboration de constructions logiques fondées sur des concepts *a priori*, la seconde étant plus volontiers orientée vers le concret et le réel ? Et ne peut-on conclure que cette similitude des résultats obtenus par M. Scelle et par l'Ecole de Vienne, apporte à cette seconde une confirmation, d'autant plus remarquable qu'elle ressort d'une conception réaliste, de sa construction théorique ? (40)

SECTION III

LE PROBLÈME DE LA COMPÉTENCE DISCRÉTIONNAIRE

Nous venons de voir comment les normes s'enchaînent, s'engendrent les unes les autres, et comment, au cours de cette formation progressive, elles se concrétisent de plus en plus. Il en résulte qu'une

(40) Nous ne nous dissimulons pas le danger qu'il peut y avoir à rapprocher ainsi deux doctrines que peuvent séparer leur évolution ultérieure. Mais M. G. Scelle, lui-même, a marqué ce rapprochement logique entre sa propre doctrine et celle de l'Ecole de Vienne. Examinant la complexité de la société internationale, et la nécessité d'une hiérarchie entre les divers ordres juridiques, M. Scelle écrit : « l'observation réaliste de cet ensemble de phénomènes... entraîne, croyons-nous, l'adhésion à la conception moniste du Droit qui se résume dans le parallélisme nécessaire du fédéralisme normatif pur et du fédéralisme institutionnel » — (« Le Droit constitutionnel international », p. 515, in « Mélanges, Carré de Malberg », Paris, Sirey, 1933, pp. 503 et suivantes).

norme ne contient pas entièrement les normes postérieures, puisqu'elle est plus abstraite que ne le sont ces dernières. L'organe compétent pour créer cette norme secondaire (40 bis) (c'est-à-dire venant en application de la norme antérieure) jouira donc d'une certaine indépendance, dans la mesure où il aura ainsi à concrétiser cette norme antérieure. La compétence discrétionnaire est ainsi celle qui appartient à un agent pour déterminer cet élément de concrétisation qui va distinguer les normes qu'il va créer, de la norme antérieure plus abstraite dont elles assurent l'application.

La compétence discrétionnaire prend donc, dans cette doctrine de la formation du droit par degrés, logiquement sa place dans ce mécanisme de réalisation du droit. Elle en constitue même véritablement l'élément vivant et créateur. L'Ecole de Vienne réalise donc, à ce point de vue, un progrès décisif sur les doctrines que nous avons antérieurement exposées. Celles-ci, en effet, ou bien faisaient de la compétence discrétionnaire un élément extérieur au droit, justifié par la nécessité politique d'assurer aux différents organes une certaine marge d'indépendance ; ou considérant, au contraire, le droit comme entièrement donné dès son origine, aboutissaient à l'impossibilité d'y intégrer logiquement cette notion de compétence discrétionnaire. Il y a là, sans doute, croyons-nous, un nouvel élément de vérification de l'exactitude de la *Stufentheorie*. Nous allons

(40 bis) Ce n'est que pour éviter de fastidieuses répétitions que nous employons ces termes : normes primaires et secondaires. Nous n'entendons pas ces expressions dans un sens technique précis, mais simplement par normes primaires les normes antérieures, par normes secondaires les normes qui en découlent.

pouvoir compléter cette vérification en voyant comment cette conception de la compétence discrétionnaire permet d'expliquer les faits que nous avons antérieurement constatés.

§ 1. — *L'application des lois*

Nous avons vu, tout d'abord, qu'il n'y a pas de compétence qui soit absolument discrétionnaire, qu'il n'y a donc pas d' « actes discrétionnaires ». C'est qu'en effet, il n'y a pas, en exceptant la norme originaire qui n'est qu'une hypothèse logiquement nécessaire, de norme qui soit uniquement créatrice de droit. Toute norme est, à la fois, création et exécution. La compétence de l'agent, lorsqu'il accomplit un acte juridique, n'est donc discrétionnaire que dans la mesure où il ajoute à la norme dont il tient sa compétence, dans la mesure où il la concrétise. Elle sera, au contraire, liée dans toute la mesure où il se bornera à exécuter cette norme antérieure. « Il y a ainsi, pour l'organe de création de la norme, une déterminante hétéronome qui est le droit du degré supérieur, et une déterminante complémentaire autonome qui est sa libre appréciation dans l'acte de concrétisation. L'acte de concrétisation comporte ainsi une liaison juridique grâce à sa déterminante objective hétéronome, et un acte de libre appréciation, grâce à sa déterminante subjective autonome. » (41)

L'observation du droit positif français qui constitue la première partie de cet essai, nous a amené à conclure qu'il apparaît impossible de déter-

(41) Bonnard. Article précité. R.D.P. 1928, p. 685.

miner avec précision le domaine de la compétence discrétionnaire. S'il fallait le préciser en une formule concise, on ne pourrait que déclarer qu'il est déterminé, au regard de chaque loi particulière, par la volonté du législateur (42). Cette conclusion va, elle aussi, trouver aisément son explication logique. L'on définit habituellement la loi comme une règle abstraite et générale. Mais elle peut, selon les textes concrets considérés, être plus ou moins abstraite ; nous allons d'ailleurs nous efforcer de préciser cette notion. Or, l'activité juridique du gouvernement consistant en l'application, c'est-à-dire en la concrétisation des lois, pourra donc être plus ou moins développée, selon que ces lois présenteront plus ou moins ce caractère d'abstraction. La compétence discrétionnaire résultant de la différence d'abstraction entre la norme de formation et la norme formée, variera en importance suivant cette différence. Ainsi s'explique la nécessité, pour préciser quelle sera la compétence discrétionnaire du gouvernement, d'examiner, dans chaque hypothèse, le caractère plus ou moins concret de la loi qu'il s'agit pour lui d'appliquer.

Enfin, nous avons vu que si le gouvernement peut, en règle générale, se refuser à appliquer une loi à un ou des individus déterminés, il ne saurait prétendre au droit de suspendre l'application d'une loi dans sa généralité, ou même à toute une catégorie d'administrés. Or, quelle est, en effet, la tâche du gouvernement quand il applique une loi ? C'est la détermination *in concreto* des individus auxquels vont s'appliquer les dispositions de cette loi. Cette concrétisation de la loi est discrétionnaire ; le gou-

(42) V. supra. Première Partie. Conclusion.

vernement pourra donc se refuser à y procéder, c'est-à-dire, se refuser à déterminer tels ou tels individus auxquels la loi doit s'appliquer. Mais la tâche du gouvernement est également d'assurer la réalisation de la loi, telle qu'elle existe avant qu'il ait procédé à sa concrétisation. Or, cette loi est susceptible de s'appliquer à toute une catégorie d'individus, déterminée *in abstracto*. Quand le gouvernement refuse d'appliquer une loi dans sa généralité, ou à un groupe indéterminé d'individus, il se refuse donc à appliquer la norme antérieure dont il tient sa compétence. Or, toute compétence est liée dans la mesure ou elle consiste à assurer cette réalisation de la norme antérieure. Aussi s'explique que l'attitude du gouvernement, soit, dans une telle hypothèse, considérée comme illégale.

Mais ce mécanisme de concrétisation progressive du droit, s'il permet d'expliquer les phénomènes du droit positif que nous avons observés, demande sans doute à être précisé sur quelques points. Comment est déterminée la compétence des agents de procéder à la réalisation des normes ? M. Bonnard, exposant cette théorie de la formation du droit par degrés, écrit : « un acte abstrait qui sert de loi de formation à un acte plus concret, ne peut pas déterminer entièrement ce dernier. Il ne peut que fournir les éléments de la procédure de concrétisation » (43). Une telle interprétation conduit, croyons-nous, à une conception trop étroite de la validité des normes ainsi créées. Il faut, en effet, en conclure que toute norme créée par l'agent compétent, dans les formes prescrites, est dès lors parfaite et exempte de toute critique possible. M. Scelle s'est particulièrement

(43) Article précité. R.D.P. 1928, p. 685.

élevé contre cette conception trop formaliste (44). Il faut donc préciser davantage les conditions de validité des normes.

Tout d'abord, une norme ne pourra être valable que si elle ne déroge pas à une norme plus générale. Nous retrouvons là le principe de légalité dont nous avons souligné l'importance chez Duguit. Or, non seulement, il ne va pas être écarté par la doctrine viennoise, mais encore il va s'imposer comme une nécessité technique et non plus seulement comme une garantie politique utile contre l'arbitraire des gouvernants. En effet, toute norme, tout acte juridique, est en partie la réalisation et la reproduction de la règle antérieure, de la norme primaire qui a investi de sa compétence l'auteur de cet acte. Il est donc impossible, logiquement, qu'une norme ne soit pas conforme aux normes antérieures ; au cas où elle serait en contradiction avec celles-ci, elle manquerait de fondement juridique, elle serait nulle. Il est donc évident que, pour qu'une norme soit valablement créée, elle ne doit pas être en opposition avec la série des normes antérieures, puisque, sauf dans la mesure où elle les concrétise, elle est leur reproduction.

Il faut sans doute, pour achever de préciser ces conditions de validité, s'efforcer de préciser cette notion de concrétisation, base de tout le mécanisme de formation du droit. Qu'est-ce qu'une norme concrète ? C'est une norme qui n'est plus susceptible d'être précisée, qui peut donc se traduire en exécution matérielle sans qu'intervienne un nouvel élément de concrétisation ; l'exécution matérielle n'ajoute rien, en effet, au système normatif, elle en constitue

(44) Cours de doctorat, 1941/42, p. 48.

seulement le support, car elle a un caractère purement exécutif. Or, dire qu'une norme n'est plus susceptible d'être concrétisée, c'est dire qu'elle donne naissance à une compétence strictement liée, puisque la compétence discrétionnaire consiste justement en la faculté de concrétisation. Or, nous avons vu dans notre première partie les hypothèses où il y avait compétence liée — ce sont celles où les motifs d'une certaine activité, en prenant ce mot dans le sens de situation objective antérieure à l'acte, sont déterminés avec une telle précision, qu'il n'y aura plus lieu qu'à une simple constatation de leur existence matérielle, et où l'objet de cette activité est, lui-même, exactement fixé par la loi. D'autre part, la compétence pleinement discrétionnaire, telle qu'on peut la concevoir en théorie, est celle qui permettrait à un agent de faire n'importe quel acte à n'importe quel moment. Si on compare maintenant ces deux situations, compétence discrétionnaire et compétence liée, on s'aperçoit comment se réalise le passage de la première à la seconde : par la détermination progressive des motifs et de l'objet de l'activité de l'agent.

Nous croyons donc que l'on peut sur ce point compléter la thèse de l'Ecole de Vienne, telle qu'elle est exposée par M. Bonnard : Chaque norme, non seulement précise quel organe sera compétent pour procéder à sa concrétisation, et les formes qui devront entourer celle-ci, mais encore détermine les motifs de l'activité de cet organe et le champ possible de son activité : Cette détermination devenant de plus en plus précise à mesure que se succéderont les normes, on finira ainsi par aboutir à une précision telle qu'il suffise à un agent de constater que telle situation existe en fait, pour qu'il soit obligé d'adopter une certaine attitude. Notons d'ailleurs que

l'acte de cet agent ne sera plus véritablement créateur de norme ; il se limitera à la constatation de l'obligation d'agir où il se trouve, mais son activité lui sera pleinement dictée par la norme antérieure qu'il appliquera. (45)

L'intervention de cet élément de motif est particulièrement importante pour aboutir à une conception exacte de la validité des normes. Elle permet en effet l'explication de la théorie du détournement de pouvoir, dont on sait le développement dans la jurisprudence administrative moderne. On explique habituellement cette jurisprudence par le recours à la notion de but. L'acte est illégal toutes les fois qu'il a été accompli dans un but autre que celui fixé par la règle qui a déterminé la compétence de l'auteur de cet acte. Nous avons déjà rencontré cette notion de but (46), et nous avons dit alors comment la détermination de cet élément psychologique interne ne nous paraissait pas directement possible par le moyen d'une règle objective, extérieure à l'auteur de l'acte. Elle le devient par le recours à la notion de motif : la détermination des motifs est le procédé technique qui permet de contrôler si l'agent a bien visé le but qui lui était assigné. Celui-ci ne pourra agir que si une certaine situation existe, ainsi le maire ne pourra prendre de mesures de police que dans les cas où il y aura trou-

(45) C'est ainsi que dans les cas de compétence liée, le conseil d'Etat a pu être amené à annuler les décisions administratives de refus de délivrer certaines autorisations ou permissions de l'administration et à déclarer que le requérant tenait directement de la loi le titre refusé par l'administration. IV. Fayolle, *op. cit.*, p. 153.

(46) *Supra*. Première Partie. Chapitre II, Section I, Sous-Section II, § 2.

ble présent ou éventuel à l'ordre public. Seule, d'ailleurs, la détermination des motifs pourra permettre au juge de déclarer quand il y aura détournement de pouvoir. En effet, sauf le cas d'aveu, il lui sera impossible de connaître la véritable intention de l'auteur de l'acte. Mais il pourra annuler une mesure quand les motifs de la compétence de l'agent n'étaient pas réalisés en fait. Ainsi, il déclarera entachée d'excès de pouvoir l'interdiction d'une procession quand il sera avéré, qu'en fait, le déroulement de celle-ci n'était pas de nature à amener des incidents.

Quant à la détermination de l'objet, celle-ci sera le plus souvent laissée largement discrétionnaire. Ce seront, en effet, les agents d'exécution ou leurs supérieurs immédiats, qui pourront seuls déterminer avec efficacité quelle activité apparaît comme opportune. Néanmoins, il pourra y avoir, non pas une détermination exacte de l'objet par la norme générale, mais une limitation du choix possible de l'agent inférieur. Celui-ci, le plus souvent, devra choisir entre plusieurs activités déterminées par la loi, ou, s'il reste libre de la détermination de l'objet de son activité, il ne pourra, néanmoins, accomplir certains actes interdits par la norme générale (par exemple les voies de faits ; ou dans le domaine du droit privé, les actes contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs).

Il faut d'ailleurs souligner le rôle joué par la jurisprudence, à côté de la loi, dans cette détermination des motifs et de l'objet de l'activité des différents organes. C'est ainsi qu'une notion aussi large que l'ordre public, a vu son contenu précisé peu à peu par la jurisprudence administrative. Il est donc vrai de dire, à ce point de vue, que le problème de la compétence discrétionnaire est lié à celui des li-

mites du contrôle du juge. Tout d'abord, une compétence n'est véritablement susceptible de liaison juridique que si son exercice est contrôlé par un juge. C'est ainsi que la compétence du gouvernement, en matière d'actes de gouvernement, est, en fait, absolument discrétionnaire. D'autre part, le juge limite véritablement et directement le domaine de la compétence discrétionnaire en précisant les circonstances dans lesquelles les différents organes peuvent agir.

Nous avons essayé de préciser comment se réalisait peu à peu cette concrétisation des normes par la détermination progressive et des organes compétents pour assurer cette concrétisation, et des formes auxquelles ils devront recourir, par la détermination aussi, des motifs et de l'objet de leur activité. Il nous reste à préciser le rôle du gouvernement dans cette concrétisation.

On pourrait concevoir un parallélisme absolu de la hiérarchie des normes et de la hiérarchie des organes. A mesure que les lois se concrétiseraient, elles donneraient lieu à des mesures d'application de plus en plus précises prises par des organes ayant une compétence de plus en plus liée et limitée dans l'espace. En fait, ce parallélisme n'existe pas, et cela, pour deux raisons.

Tout d'abord, un certain nombre d'agents sont sous l'autorité hiérarchique directe du gouvernement. Ce sont tous les membres des administrations centralisées. Or, ces agents n'ont pas véritablement de compétence discrétionnaire. En effet, le gouvernement peut toujours modifier leurs décisions, encore qu'elles soient intervenues régulièrement, de même qu'il peut directement leur imposer une certaine attitude. C'est-à-dire que ces agents ne peuvent pas assurer directement la concrétisation de la

loi, ils ne peuvent le faire que dans les cas où le gouvernement consent à leur laisser cette compétence, c'est ce qui se produit dans le cas de déconcentration. On peut donc dire que c'est dans le gouvernement que se concentre toute la compétence discrétionnaire de l'administration centralisée. Si bien que c'est en étudiant comment est liée par la loi la compétence de ces agents centralisés que nous avons pu déterminer comment l'était également celle du gouvernement. Il y a dans ce cas défaut de parallélisme entre les deux hiérarchies, en ce sens que l'organe le plus élevé de la hiérarchie organique peut déterminer directement des normes concrètes.

Dans d'autres cas, au contraire, qui, dès lors, n'intéressent plus notre étude, la loi va confier à des agents locaux le soin de procéder à sa concrétisation. Ceux-ci vont pouvoir alors prendre des décisions que le gouvernement ne pourra plus modifier, puisqu'il n'est pas lui-même compétent pour concrétiser les normes en question. Ce va être un nouveau défaut de parallélisme entre les hiérarchies organique et normative, qui correspond au phénomène de décentralisation. Dans la mesure où ils concrétisent ainsi directement la loi, ces agents locaux ont donc des fonctions identiques à celles des gouvernants. Ils revêtent donc eux-mêmes, dans cette mesure, ce caractère de gouvernants.

§ 2. — *L'application des jugements*

Il nous reste maintenant à préciser pourquoi le gouvernement ne peut pas se refuser à exécuter la chose jugée ; qu'il s'agisse d'ailleurs d'un jugement rendu à l'encontre de l'administration ou à l'occasion d'un litige entre particuliers.

Il faut, tout d'abord, insister sur ce point que l'acte juridictionnel est, tout comme l'acte administratif un procédé de concrétisation du droit. Le juge va examiner quelles règles abstraites s'appliquent au cas qui lui est soumis et va concrétiser ces règles en prenant sa décision. L'acte juridictionnel n'est donc pas purement déclaratif ; il est, comme tout acte juridique, à la fois réalisation et création (47). Nous avons déjà rencontré ce problème de savoir si la tâche du juge devait se borner à la constatation, ou si, au contraire, il fallait y comprendre la décision qui s'en suit : et nous avons indiqué comment nous croyions impossible de séparer ces deux éléments d'un même acte (48). Si l'acte de juge est créateur de normes, sa compétence est donc discrétionnaire, au moins dans une certaine mesure ; et il est aisé de constater à cet égard combien le droit moderne évolue dans le sens du développement constant de la compétence discrétionnaire du juge. C'est ainsi qu'en droit pénal, le juge peut faire varier la peine entre des limites fixées par la loi, accorder le sursis, les circonstances atténuantes. Dans le domaine du droit civil, alors même qu'il s'agit de sanctionner des obligations formelles nées d'un accord de volonté entre les parties, le juge a vu, surtout depuis quelques années, s'accroître ses pouvoirs d'accorder des délais de paiement ou des réductions de dette.

Cette conception du jugement, acte créateur de normes concrètes, va permettre d'expliquer l'obligation où se trouve le gouvernement de l'exécuter. Il n'y a en effet de compétence discrétionnaire que là

(47) Kelsen. Article précité. R.D.P. 1926, p. 624.

(48) V. supra. Première Partie, Chap. I, Sect. II, § 1.

où reste possible une concrétisation ; si celle-ci a été opérée de manière à préciser absolument les motifs et l'objet d'une certaine activité, elle devient obligatoire. En l'occurrence, le motif de l'action gouvernementale va être l'existence même du jugement : On sait, en effet, qu'une fois un jugement intervenu, le Président de la République, chef des agents d'exécution, est légalement tenu d'apposer la formule exécutoire ; tout jugement détermine donc, dès qu'il intervient, l'obligation d'agir des agents publics. Quant à l'objet de cette activité obligatoire, il va être précisé par la décision du juge ; il consistera à infliger telle ou telle peine, à prendre contre le débiteur défaillant telle mesure de contrainte qu'aura déterminée le juge.

L'obligation d'exécuter le jugement n'est donc pas différente de l'obligation générale d'exécuter toute norme concrète ; mais ce qui va distinguer le jugement des autres normes, telles que par exemple les actes administratifs, c'est que le gouvernement ne pourra jamais modifier la décision du juge, comme il le pourrait faire de l'acte d'une autorité placée sous son autorité hiérarchique, ni même alléguer de l'irrégularité de la décision pour se refuser à l'appliquer. Ce qui caractérise donc le juge, c'est son indépendance, tout au moins quant à l'intangibilité de ses décisions, vis-à-vis du gouvernement. Ajoutons, d'ailleurs, que ce critère purement formel nous paraît insuffisant et qu'il faut, pensons-nous, caractériser l'acte juridictionnel, tant par la situation spéciale qui lui donne naissance : la contestation, que par l'effet particulier qu'il entraîne : l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire le caractère définitif.

Il est vrai que, sur ce point, Merkl a abouti à une conception qui ne permet pas la distinction entre les actes administratifs et juridictionnels. Pour

Merkel, tout acte, qu'il soit législatif, administratif, juridictionnel, est, par nature, immuable. La norme a, en effet, étant dépouillée de tout contenu concret, à pour nature l'immutabilité. « Rien dans le concept de norme n'implique en lui-même qu'une norme existante puisse être modifiée. Au contraire, comme tout ordonnancement juridique aspire à la perpétuité, une norme juridique, lorsqu'elle y entre, vient participer à cette perpétuité. » (49). La modification d'une norme ne pourra donc résulter que d'une disposition du droit positif organisant une compétence spéciale à cet effet. L'auteur d'un acte, lui-même, ne peut le retirer que s'il a reçu compétence à cet effet. Il est difficile, croyons-nous, de ne pas voir dans cette conclusion une conséquence exagérée des prémisses logiques de la *Stufentheorie*. Que le droit puisse être analysé en un ensemble de compétences, de normes, ou d'autres concepts abstraits, ce ne sont là que des procédés logiques pour aboutir à déterminer les règles constantes des réalités évolutives. Mais il ne faut pas néanmoins oublier que le but du droit est la satisfaction des intérêts humains, intérêts perpétuellement mouvants et changeants. Et le reflet de cette mobilité doit se retrouver dans la conception juridique abstraite ; et conduire à abandonner ce principe de la stabilité et de l'immutabilité des règles juridiques.

Il n'en va autrement que pour les actes juridictionnels. Nous avons vu les motifs qui imposaient, au contraire, leur caractère définitif. C'est là même, pour revenir une dernière fois sur ce point, le motif qui nous paraît imposer la reconnaissance du caractère juridictionnel de la décision du juge. La chose

(49) Bonnard. Article précité. R.D.P. 1928, p. 691.

jugée doit être définitive, puisqu'il faut mettre fin aux contestations et aux discordes, or, ce qui assurera cette fin, c'est non seulement la constatation, mais encore, et surtout, la décision prise par le juge. Il importe donc que celle-ci ait, elle-même, ce caractère de chose jugée qui reste le critère le plus déterminant de l'acte juridictionnel.

CONCLUSION

Nous avons vu comment l'Ecole de Vienne peut être considérée comme l'aboutissement de toute cette longue évolution doctrinale dont nous avons brièvement retracé les étapes. L'examen que nous venons d'en faire constitue donc le terme logique de cet essai. Peut-être n'est-il pas inutile, néanmoins, en nous plaçant à un point de vue plus général, d'envisager pour terminer ce qui peut encore subsister du principe de la séparation des pouvoirs. Faut-il, du principe de la séparation des pouvoirs ? Faut-il, au nom de la technique juridique, condamner une idée qui, pendant un siècle et demi, fut à la base de nos institutions constitutionnelles ? Ne représente-t-elle qu'un postulat indémontrable et qu'il faut rejeter ? Ici encore, il convient de se garder des solutions extrêmes. Pour juger la valeur du principe de la séparation des pouvoirs, il faut examiner et ce qu'il est réellement, et ce en quoi on a voulu le transformer.

Tel qu'il est apparu, le principe de la séparation des pouvoirs n'a qu'un but, protéger l'individu contre l'arbitraire gouvernemental. « Il faut que le pouvoir arrête le pouvoir », voilà l'idéal auquel il répond. Ce n'est donc pas une règle absolue, un principe abstrait né de raisonnements logiques, mais bien le fruit d'une conception toute pragmatique. C'est un procédé pour aboutir à cet équilibre des forces qu'Hauriou a su si justement mettre en valeur ; équilibre qui aboutit à l'ordre et au plein épanouissement de l'individu : but final de toutes les sciences sociales. Il n'est pas bon qu'un individu concentre entre ses mains tous les pouvoirs ; il n'est pas bon que les agents d'exécution ne puissent varier leurs décisions en raison des éventualités con-

crètes ; il n'est pas bon que les juges, défenseurs des droits et des libertés, ne soient pas indépendants, et, partant, impartiaux : Voilà les réalités auxquelles correspond le principe de la séparation des pouvoirs. Fondé sur ces données réelles, il pourra se modifier avec elles : que des circonstances surviennent ou le sort de la communauté elle-même exige le sacrifice des intérêts particuliers ; qu'un chef, dans un pays, apparaisse, qui sache susciter assez d'enthousiasme ou de confiance pour que soit remis entre ses seules mains le salut de la Cité ; et le principe de la séparation des pouvoirs pourra même disparaître. Mais il renaîtra vite, dès que ces circonstances exceptionnelles auront disparu, dès qu'il apparaîtra de nouveau que tout homme qui détient le pouvoir est porté à en abuser.

De cette règle pratique, réaliste, on a voulu faire un principe théorique, une règle de droit abstraite. Du pouvoir, on est passé à la fonction ; de la séparation, on a conclu à l'isolement. Dès lors, déplacée sur le plan juridique, la conception ainsi transformée devient insoutenable. Le domaine du droit constitue, ne peut constituer logiquement qu'un tout, qu'une unité. Certes, dans cet ensemble de règles, l'analyse logique va permettre d'opérer des classifications : soit que, comme Merkl, on classe les règles suivant leur degré dans la hiérarchie, soit que, comme Duguit et M. Scelle, on les distingue par leurs effets ; mais entre toutes ces règles, on pourra déterminer des différences de degré, mais non pas de nature. Faut-il alors conclure que ce pragmatisme constitutionnel qui impose la séparation des pouvoirs ne réagit pas sur la théorie juridique, que celle-ci ne peut rendre compte des données réalistes ? Non point, car la notion de séparation des pouvoirs va pouvoir prendre sa place dans une théorie scientifique et mo-

niste du droit. Et, une fois encore, par le recours à cette notion de compétence discrétionnaire, notion trop peu étudiée encore, et qui apparaît, déjà, comme singulièrement féconde.

Dire que le gouvernement et la législation devront être séparés, c'est dire que le second jouira d'une compétence largement discrétionnaire dans l'application des lois, qu'il lui sera loisible de déterminer les mesures d'application qui lui semblent opportunes, qu'il pourra même, dans les cas concrets, décider s'il vaut mieux appliquer la loi ou surseoir à son exécution. Quelle doit être l'étendue de cette liberté laissée au gouvernement ? N'y a-t-il pas des matières où il y aura avantage, dans l'intérêt même des gouvernés, à la limiter ? Autant de questions qui seront à résoudre par la technique politique, mais qui, sur le plan juridique, se traduisent toujours par le même recours à la notion de compétence discrétionnaire. Dans les rapports entre le gouvernement et les tribunaux, la séparation des pouvoirs va aussi se traduire par le fait que les agents chargés d'assurer la fonction juridictionnelle, tiendront leur compétence discrétionnaire directement de la loi ; et qu'ils ne pourront donc voir leurs décisions modifiées ou annulées par le gouvernement. Mais, ici encore, il n'y a pas opposition, distinction tranchée entre les pouvoirs. Bien au contraire, les gouvernants seront obligés d'appliquer les décisions prises par les tribunaux ; leur compétence sera, à cet égard, liée.

Mais n'y a-t-il pas quelque danger à réduire ainsi à un simple mécanisme technique d'organisation des compétences des données qui trouvent leur fondement, non dans les raisonnements juridiques, mais dans les réalités sociales. N'est-ce pas là réduire toute la science du Droit à un formalisme stérile, à

un positivisme aride ? Le Droit n'est-il qu'une science purement abstraite, une harmonieuse construction de données logiques, un agrégas de normes, de compétences, savamment assemblées ? Ne doit-il pas y avoir, plus loin que la connaissance théorique, la recherche d'un idéal ? M. G. Scelle a pu écrire ainsi : « toute espèce de science est finaliste et ne se confine pas dans la sphère froide de la connaissance pure... le positivisme absolu implique un scepticisme absolument destructeur » (1). Mais la recherche de concepts théoriques et abstraits implique-t-elle l'absence de tout jugement de valeur ? Il faut, croyons-nous, distinguer et la nature et l'utilité de la connaissance scientifique. Par nature, la recherche scientifique ne peut être que rigoureusement objective et impartiale. Elle ne vise qu'à établir les règles permanentes qui unissent des phénomènes passagers et mouvants ; et les résultats auxquels elle aboutit n'ont de valeur permanente que s'ils sont exempts de tout élément subjectif. Le juriste n'a pas à rechercher si, en raison d'un certain idéal, les institutions qu'il étudie sont bonnes ou mauvaises, justes ou injustes (2). Il doit borner sa tâche à l'observation des faits, à l'établissement des règles générales qui permettent de les grouper et de les expliquer. Mais, est-ce à dire que cette recherche constitue une fin en soi ? La science juridique, comme

(1) « Cours de doctorat », 1941/42, pp. 108 et 109.

(2) C'est ainsi que la science économique moderne s'efforce d'aboutir à des conceptions rigoureusement objectives, qu'elle vise à établir des constantes entre les faits économiques, sans juger de ces faits. Ainsi, les lois de la répartition des biens doivent être établies sans qu'il y ait lieu de tenir compte des inégalités qui peuvent se produire dans cette répartition. Mais cela veut-il dire que le jour où il aura déterminé ces lois, l'Economiste ne devra pas s'efforcer de limiter ces inégalités ?

toute espèce de science, n'est qu'un instrument, un moyen ; Elle fournit les données techniques qui permettront de réaliser, avec moins d'erreurs et d'hésitations, ces idéaux qui font le prix de la vie, et des hommes, et des peuples. C'est cette fin dernière de la science du Droit qui justifie et impose son caractère rigoureusement neutre et impartial ; c'est afin de mieux servir l'idéal de l'homme que le juriste doit s'efforcer d'aboutir à des concepts rigoureusement objectifs. A ce reproche de scepticisme, d'abstraction, qu'on oppose ainsi à la science juridique pure, qu'il nous soit permis de répondre, pour conclure, par ces mots de l'un de ces précurseurs (3) : « Il ne faudrait pas croire que, pour nous, l'étude du Droit fut tout entière dans la science juridique pure. Rien n'est plus loin de notre pensée. Nous considérons la formation de cette discipline comme possible et fort utile ; mais l'étude de l'histoire du passé, celle des législations positives contemporaines, la connaissance des arts qui dérivent du Droit, et l'élaboration d'un idéal juridique, ou de plusieurs, à réaliser dans l'avenir ; tout cela nous semble encore plus important, disons plus indispensable que la science juridique pure... Ce serait contracter un fâcheux travers d'esprit, et s'exposer à de sérieux dangers, que de voir dans le droit seulement le réel et ne pas se préoccuper en premier lieu du possible et du meilleur. »

Vu : *Le Président*,
G. SCELLE.

Vu : *Le Doyen*,
G. RIPERT.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
G. GIDEL.

(3) Roguin. « Etude de science juridique pure. La règle de Droit ». Paris. Pichon, 1889.

BIBLIOGRAPHIE

ALEXÉEF (Paul). — « L'Etat, le Droit, et le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques », in *Revue internationale de la théorie du Droit*. T.III, 1928/29, p. 195.

ARTUR. — « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », in *Revue du droit public...*

— 1900, T.I3, pp. 214, 470. T.I4, pp. 34, 236 et 436.

— 1902, pp. 78, 234 et 439.

— 1903, p. 415.

BARTHÉLEMY. — « Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes ». Paris, Giard et Brière, éd., 1906.

— « De la liberté du gouvernement vis-à-vis des lois dont il est chargé d'assurer l'exécution », in *Revue du droit public...*, 1907, p. 295.

— « A propos de l'exercice du droit de grâce », in *Revue du droit public...*, 1909, p. 537.

— « L'obligation de faire ou de ne pas faire, et son exécution forcée dans le droit public », in *Revue du droit public...*, 1912, p. 505.

BARTHÉLEMY et DUEZ. — « Traité de droit constitutionnel », 2^e édition. Paris, Dalloz, 1933.

BONNARD. — « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives », in *Revue du droit public...*, 1923, p. 363.

— « La doctrine de Duguit sur le Droit et l'Etat », in *Revue internationale de la théorie du Droit*. T.I, 1926/27, p.18.

— « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl », in *Revue du droit public...*, 1928, p. 668.

— « L'origine de l'ordonnement juridique », in *Mélanges Maurice Hauriou*. Paris, Sirey, 1929, p. 33.

- « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges Carré de Malberg*. Paris, Sirey, 1933, p. 3.
- « Le contrôle juridictionnel de l'administration ». Paris, Delagrave, 1934.
- « Précis de droit administratif », 3^e édition. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1940.
- BOSC. — « Actes de gouvernement et théorie des pouvoirs de guerre », in *Revue du droit public...*, 1926, p. 187.
- CARRÉ DE MALBERG. — « Contribution à la théorie générale de l'Etat ». Paris, Sirey, 1920.
- « La Loi, expression de la volonté générale ». Paris, Sirey, 1931.
- « Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés, avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation ». Paris, Sirey, 1933.
- « L'Etat agit par voie législative, administrative et juridictionnelle », in *Encyclopédie française*, T.X. 10° 30-5.
- CRUET (Jean). — « Etude juridique de l'arbitraire administratif ». Thèse, Paris, 1906.
- « La vie du Droit et l'impuissance des lois ». Paris, Flammarion, 1908.
- DONVAL. — « Le refus des autorités publiques de déférer à la formule exécutoire ». Thèse, Rennes, 1939.
- DUEZ. — « La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat) », 2^e édition. Paris, Dalloz, 1938.
- (Voir Barthélemy).
- DUGUIT. — « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », in *Revue d'économie politique*, T.VII, 1893, pages 99, 336, 507.
- « Etudes de droit public ». T.I, L'Etat, le droit objectif et la loi positive. Paris, Fontemoing, 1901.
- « Manuel de droit constitutionnel ». Paris, Fontemoing, 1911.
- « Traité de Droit constitutionnel », 2^e édition, Paris, Fontemoing, 1921 (en 5 volumes).

- Ibid. 3^e édition (interrompue au tome 2). Paris, Fontemoing, 1927.
- « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur », in *Revue du droit public...*, 1924, p. 313.
- « Les doctrines juridiques objectivistes », in *Revue du droit public...*, 1927, p. 537.
- ESMEIN. — « De la délégation de pouvoir législatif », in *Revue politique et parlementaire*, T.I, 1894, p. 205.
- ESMEIN ET NÉZARD. — « Eléments de droit constitutionnel français et étranger », 8^e édition. Paris, Sirey, 1927.
- FAYOLLE. — « La force exécutoire des décisions de justice à l'encontre des administrations publiques ». Thèse, Nancy, 1926.
- FIGEROU. — « De la formule exécutoire », Thèse, Bordeaux, 1907.
- GOUET. — « La question constitutionnelle des prétendus décrets-lois ». Paris, Dalloz, 1932.
- HAURIU (Maurice). — « Les idées de M. Duguit ». Toulouse, Privat, 1911.
- « Principes de droit public », 2^e éd., Paris, Sirey, 1916.
- « Précis de droit administratif », 11^e édition. Paris, Sirey, 1927.
- « Précis de droit constitutionnel », 2^e éd. Paris, Sirey, 1929.
- « Notes d'arrêts sur décisions du conseil d'Etat et du tribunal des conflits ». Paris, Sirey, 1929.
- « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », in *Mélanges, Carré de Malberg*. Paris, Sirey, 1933, p. 233.
- HOERNI. — « De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse. Etude juridique sur les pleins pouvoirs ». Genève. Société générale d'imprimerie, 1917.
- HUC (Théophile). — « Droits de pouvoir exécutif en ce qui concerne l'exécution des lois ». Toulouse. Imprimerie Rivière, 1880.

JÈZE. — « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », in *Revue du droit public...*, 1913, p. 437.

— « L'exécutif en temps de guerre », in *Revue du droit public...*, 1917, p. 5.

— « La promulgation des lois », in *Revue du droit public...*, 1918, p. 378.

— « Nature juridique de la grâce, de l'amnistie, de la grâce amnistiante », in *Revue du droit public...*, 1924, p. 437.

— « Droit du gouvernement de ne pas exécuter une décision de justice passée en force de chose jugée », in *Revue du droit public...*, 1924, p. 209.

— « Le dogme de la volonté nationale et la technique politique », in *Revue du droit public...*, 1927, p. 164.

— « Les principes généraux du droit administratif », 3^e éd., Paris, Giard, 1925.

KELSEN (H.). — « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », in *Revue du droit public...*, 1926, p. 561.

— « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », in *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1926, T. IV, p. 231.

— « La garantie juridictionnelle de la constitution », in *Revue du droit public...*, 1928, p. 197.

— « Théorie générale du droit international public », in *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1932, T. IV, p. 121.

LAFERRIÈRE. — « Cours de droit constitutionnel », 1937/38. Paris, « Les cours de droit ».

LAUN. — « Le pouvoir discrétionnaire », in *Annuaire de l'Institut international du Droit public*, 1935, p. 113.

LEBLANC (J.). — « La loi et les pouvoirs de l'exécutif en temps de guerre », in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1925, p. 301.

MAURY (J.). — « Observations sur les idées du professeur H. Kelsen », in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929, p. 537.

- PUGET. — « La limitation du pouvoir par la séparation des pouvoirs », in *Encyclopédie française*, T.X, 10° 63-7.
- ROLLAND. — « Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 Février 1918 », in *Revue du droit public*, 1918, p. 543.
- « Le projet du 17 Janvier et la question des décrets-lois », in *Revue du droit public...*, 1924, p. 42.
- « Précis de droit administratif », 6^e édition, Paris, Dalloz, 1937.
- RULLEAU. — « De la grâce en droit constitutionnel ». Thèse, Bordeaux, 1911.
- SCELLE. — « Précis de droit des gens. Principes et systématique », T.I, Paris, Sirey, 1932.
- « Principes de Droit public ». Cours de doctorat, 1941/42. Paris. *Les cours de droit*.
- SIBERT. — « Cours de droit constitutionnel 1938/39 ». Paris, *Les cours de droit*.
- SIMONOVITCH. — « Les théories contemporaines de l'Etat ». Thèse, Paris, 1939.
- TASITCH. — « Le réalisme et normativisme dans la science juridique », in *Revue internationale de la théorie du Droit*. T.I, 1926-27, p. 165 ; T.II, 1927-28, p. 23.
- TINGSTÉN (H.). — « Les pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la grande guerre ». Paris, Stock, 1934.
- VEDEL. — « Essai sur la notion de cause en droit administratif français ». Thèse, Toulouse, 1934.
- WALINE. — « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », in *L'année politique française et étrangère*, 1929, T.IV, p. 385.
- « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », in *Revue du droit public...*, 1930, p. 197.
- « Du critère des actes juridictionnels », in *Revue du droit public...*, 1933, p. 565.

- « Observations sur la gradation des normes juridiques établies par M. arré de Malberg », in *Revue du droit public...*, 1934, p. 521.
- « Manuel élémentaire de droit administratif », 2^e édit., Paris, Sirey, 1939.
- WEYR. — « La doctrine de M. Adolphe Merkl », in *Revue internationale de la théorie du Droit*. T.II, 1927/28, p.215.
- « La Stufentheorie de la théorie pure du droit vue par un Français », in *Revue internationale de la théorie du Droit*. T.VIII, 1939, p. 235.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT POSITIF FRANÇAIS.....	17
--------------------------------	----

CHAPITRE PREMIER. — <i>Les textes</i>	21
---	----

SECTION I. — SUBORDINATION DU GOUVERNEMENT A LA

LOI	22
§ 1. <i>Le droit d'initiative</i>	23
§ 2. <i>La Promulgation</i>	25
§ 3. <i>Le droit de renvoi en seconde lecture</i>	32
§ 4. <i>La compétence réglementaire</i>	35

SECTION II. — SUBORDINATION DU GOUVERNEMENT AUX

DÉCISIONS JURIDICTIONNELLES	41
§ 1. <i>Les principes généraux</i>	42
§ 2. <i>La formule exécutoire</i>	53
§ 3. <i>Le droit de grâce</i>	55

CHAPITRE II. — <i>La jurisprudence</i>	63
--	----

SECTION I. — L'APPLICATION DES LOIS.....	66
--	----

SOUS-SECTION I. — *Les voies de recours ouvertes aux administrés*

Devant les tribunaux administratifs.....	67
Devant les tribunaux judiciaires.....	70

SOUS-SECTION II. — <i>Les hypothèses où l'administration est tenue d'agir</i>	74
§ 1. <i>Refus d'appliquer la loi à un particulier.</i> ..	74
§ 2. <i>Le critère de la compétence liée</i>	79
§ 3. <i>Non application de la loi à toute une catégorie d'assujettis</i>	89
§ 4. <i>Le refus d'application de la loi en général</i>	92
SECTION III. — L'APPLICATION DES JUGEMENTS.....	96
§ 1. <i>Le principe de la séparation des autorités administratives et des juridictions</i>	98
§ 2. <i>L'obligation pour l'administration d'exécuter les jugements passés à son encontre.</i>	103
§ 3. <i>L'obligation de prêter main-forte à l'exécution des jugements entre particuliers.</i>	108
CHAPITRE III. — <i>Les périodes de crise</i>	117
SECTION I. — L'ÉTAT DE SIÈGE	120
SECTION II. — LES LOIS DE PLEINS POUVOIRS.....	123
SECTION III. — LES POUVOIRS DE CRISE DEVANT LA JURISPRUDENCE	135
§ 1. <i>Jurisprudence judiciaire</i>	137
§ 2. <i>Jurisprudence administrative</i>	139
SECTION IV. — EXAMEN JURIDIQUE DU DROIT DE NÉCESSITÉ	149
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	159

DEUXIEME PARTIE

LA DOCTRINE	163
CHAPITRE PREMIER. — <i>Les doctrines pragmatiques..</i>	167
SECTION I. — M. BARTHÉLEMY	168
SECTION II. — HAURIU	173
CHAPITRE II. — <i>Carré de Malberg et la gradation des organes</i>	185
SECTION I. — LA DISTINCTION DES FONCTIONS.....	187
a) <i>La fonction législative</i>	188
b) <i>La fonction administrative</i>	192
c) <i>La fonction juridictionnelle</i>	194
SECTION II. — LA GRADATION DES ORGANES	200
SECTION III. — APPRÉCIATION CRITIQUE	208
CHAPITRE III. — <i>Duguit et la distinction matérielle des fonctions</i>	213
SECTION I. — LA CONCEPTION RÉALISTE DU DROIT ET DE L'ÉTAT	214
SECTION II. — LA DISTINCTION MATÉRIELLE DES FONCTIONS	222
SECTION III. — L'ÉTAT DE DROIT.....	229
§ 1. <i>Le caractère obligatoire de la règle de droit</i>	229
§ 2. <i>Le principe de légalité</i>	233
§ 3. <i>L'autorité de la chose jugée</i>	234
SECTION IV. — APPRÉCIATION CRITIQUE	235
CHAPITRE IV. — <i>L'Ecole et la hiérarchie des normes..</i>	243
SECTION I. — EXPOSÉ DE LA DOCTRINE.....	244
§ 1. <i>Les caractères fondamentaux de la doctrine. Normativisme et monisme</i>	244
§ 2. <i>La formation du droit par degrés.....</i>	249

SECTION II. — EXAMEN DE QUELQUES CRITIQUES ADRES-	
SÉES A L'ÉCOLE DE VIENNE.....	254
§ 1. <i>La critique de l'Ecole de Vienne chez Carré</i>	
<i>de Malberg</i>	255
§ 2. <i>La critique de l'Ecole de Vienne chez</i>	
<i>M. Georges Scelle</i>	263
SECTION III. — LE PROBLÈME DE LA COMPÉTENCE DIS-	
CRÉTIONNAIRE	271
§ 1. <i>L'application des lois</i>	273
§ 2. <i>L'application des jugements</i>	281
CONCLUSION	289
BIBLIOGRAPHIE	295

